

SÍLVIA LEME CORRÊA

**A PROVA PROCESSUAL PENAL ILÍCITA
E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná.

**Orientador:
Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos**

CURITIBA

2006

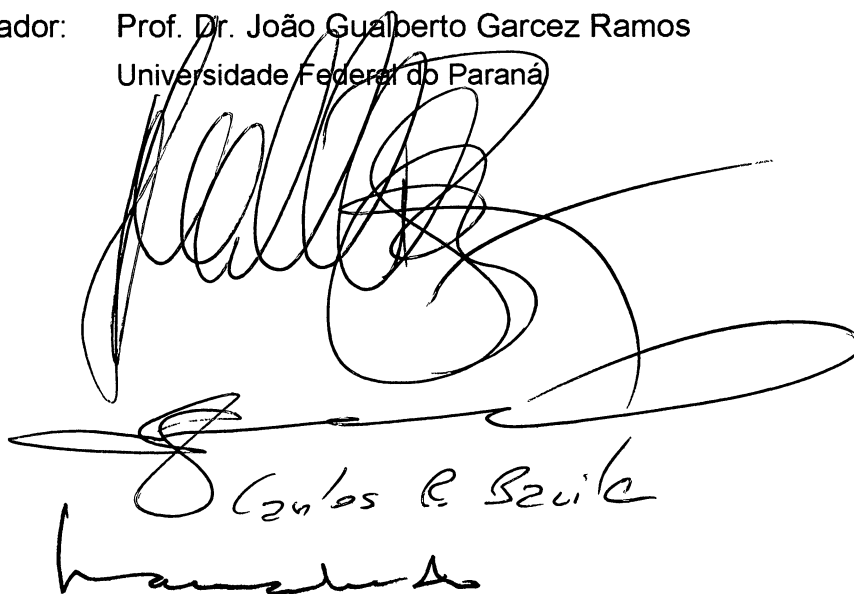
TERMO DE APROVAÇÃO

SÍLVIA LEME CORRÊA

A PROVA PROCESSUAL PENAL ILÍCITA E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos
Universidade Federal do Paraná



Carlos R. Leite

Curitiba, de de 2006

A DEUS, por tudo.

A meus Pais.

A meu Orientador.

*A todos os Professores, Amigos e
Companheiros que, de alguma forma,
contribuíram para a realização deste trabalho.*

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - A PROVA PROCESSUAL PENAL	3
1.1 CONCEITO	3
1.2 MEIOS DE PROVA	6
1.3 LIMITAÇÕES IMPOSTAS À PROVA PROCESSUAL PENAL	10
1.4 A PROVA ILÍCITA	15
1.4.1 Conceito	15
1.4.2 Disciplina Legal nos Direito Pátrio e Alienígena	19
1.4.3 Prova Ilícita por Derivação	28
1.4.4 O Encontro Fortuito de Provas	38
CAPÍTULO 2 - TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL	41
2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO PROCESSO PENAL	41
2.2 MONOPÓLIO ESTATAL SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA	51
2.3 A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA COMO COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	56
2.4 A DIGNIDADE HUMANA COMO <i>ULTIMA RATIO</i> DO SISTEMA DE GARANTIAS	64
CAPÍTULO 3 - NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL DA PROVA ILÍCITA	74
3.1 NORMAS RÍGIDAS E FLEXÍVEIS	74
3.2 RELATIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	75
3.3 PRINCÍPIOS E REGRAS. CONCEITO E NORMATIVIDADE	81
3.4 DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	87
3.5 SOLUÇÕES PARA AS POSSÍVEIS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	94
CAPÍTULO 4 - RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	100
4.1 CONCEITOS E DISTINÇÕES	100
4.2 TIPOLOGIA	102
4.3 A QUESTÃO RELATIVA AOS LIMITES IMANENTES	103
4.4 FORMAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE DA PROVA	105

4.4.1	Legítima Defesa	105
4.4.2	Estado de Necessidade	107
CAPÍTULO 5 - A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE.....		109
5.1	ASPECTOS HISTÓRICOS	109
5.2	CONCEITO.....	114
5.3	PRESSUPOSTOS E REQUISITOS (ELEMENTOS OU SUBPRINCÍPIOS ESTRUTURAIS)	118
5.4	APLICAÇÃO ÀS PROVAS DERIVADAS DAS ILÍCITAS.....	125
5.4.1	Argumentos Contrários à Utilização do Princípio da Proporcionalidade como Instrumento Apto à Admissão da Prova Derivada da Ilícita <i>Pro Societate</i>	127
5.4.2	A Garantia da Liberdade como Limite ao <i>Jus Puniendi</i>	135
CONCLUSÕES		142
REFERÊNCIAS		144

RESUMO

A presente dissertação tem por tema a ilicitude da prova processual penal, analisando a proibição sob a ótica de um regramento constitucional. Faz uma análise histórica da garantia constante do inciso LVI do artigo 5. da Constituição Federal, tomando-a como consequência do devido processo legal e princípios decorrentes, que visam garantir não somente a licitude do procedimento, mas, também, o direito de liberdade do homem, bem maior daquele a quem é imputada a prática de uma infração penal. Passa, ainda, pelo estudo da prova ilícita por derivação e do encontro fortuito de provas, cujo aproveitamento é questionado sob a perspectiva da aplicação da teoria da proporcionalidade.

ABSTRACT

The content of the current dissertation is the illicitness of the penal process evidence, while the prohibition is analyzed from the standpoint of a constitutional regulation. It also performs a historical analysis of the guarantee contained in item LVI of article 5 of the Federal Constitution, taking it as a consequence of the due process of law and its deriving principles, which aim at ensuring the lawfulness of the process as well as people's right to freedom that is the greatest asset of those who are charged with the perpetration of a penal infraction. The current dissertation also deals with the study of the illicit evidence due to derivation and to the eventual finding of evidence, whose usefulness is questioned under the perspective of the application of the theory of proportionality.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento da indispensabilidade de proteção clara, inequívoca e uniforme aos direitos e garantias do homem, justificada pela história política nacional de crises de poder, levou o Constituinte de 1988 a promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil, consagrando, de forma prioritária, os princípios fundamentais (CF, arts. 1.º a 4.º), princípios setoriais e demais normas constitucionais, dentre elas os direitos e garantias fundamentais, consagrados no artigo 5.º, considerados todos normas reitoras da aplicabilidade de todo o sistema jurídico, com profundos reflexos na orientação político-criminal.

Contudo, as transformações sociais ocorridas desde então produziram novas intervenções penais, advindas da necessária adequação da dinâmica dos fatos ao sistema rígido romanístico¹ vigente entre nós, de forma a amoldá-lo ao cenário constitucional e justificá-lo dentro do contexto da nova Carta Magna².

Ocorre que, por vezes, o conhecimento empírico revela uma aparente tensão entre os dispositivos constitucionais fundamentais quando, por exemplo, de um lado, tem-se a sua necessária aplicação para assegurar a inviolabilidade da pessoa, de forma a protegê-la frente a sistemas processuais penais arbitrários e desumanos e, de outro, tem-se a sua efetivação para o fim último do direito: a paz da sociedade com a garantia da segurança frente a atividades ilícitas que a desestrutura e desestabiliza.

No entanto, na busca de soluções práticas para essa aparente tensão, muitas vezes com a roupagem de garantia de segurança social, violam-se garantias

¹Dentro desse contexto, Eugênio Pacelli de Oliveira ensina que nosso Código de Processo Penal atual foi inspirado na legislação processual penal italiana, elaborada na década de 30, em pleno regime fascista, em bases notoriamente autoritárias (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.5).

²Sem aprofundarmos no tema, que não se constitui o objeto do presente trabalho, podemos citar alguns exemplos que a doutrina considera advindas dessas transformações legislativas: a Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), das Organizações Criminosas (Lei n.º 9.034/95), da Tortura (Lei n.º 9.455/97), de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/98), dentre outras.

constitucionais tendentes à efetivação dos direitos humanitários que o Constituinte buscou proteger quando instituiu, como cláusulas pétreas previstas no artigo 5. da Constituição Federal, um rol de direitos e garantias fundamentais, dentre eles o da inadmissibilidade de admissão, no processo, de provas ilícitas por meios ilícitos.

Não podemos olvidar a lição de Luiz Alberto Machado, no sentido de que “as garantias processuais deferidas ao cidadão são imperativas porque na medida em que se protege um homem, toda a sociedade estará protegida contra o *jus gladii* do Estado”.³

Embora a história nos demonstre que as cartas de proteção aos direitos humanos e fundamentais do homem surgiram como limitação do excesso, normalmente praticado pelo Estado, a crescente criminalidade e a falta de estrutura Deste para proporcionar segurança aos governados têm levado à busca, pela doutrina e jurisprudência, de métodos voltados à solução de eventuais conflitos surgidos entre os direitos e as garantias constitucionais.

Dentro desse contexto é que desenvolvemos a presente dissertação, expondo a matéria voltada a sua normatividade constitucional e aos principais métodos utilizados para afastar a colisão dantes mencionada.

³MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.14.

CAPÍTULO 1

A PROVA PROCESSUAL PENAL

1.1 CONCEITO

Conforme doutrina de Guilherme de Souza Nucci, citado por César Dario Mariano da Silva⁴, a palavra “prova vem do latim *probatio*, tendo por significado verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e derivando do verbo *probare*, que significa provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar”.

Na lição de Nicola Framarino Dei Malatesta:

A prova pode ser considerada sob um duplo aspecto: quanto à sua natureza e produção e efeito que produz no espírito daqueles perante quem é produzida. [...] Como as faculdades perceptivas são a fonte subjetiva da certeza, as provas são o modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade. A prova é, portanto, deste ângulo, o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza; existirão, assim, provas de credibilidade, de probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza.⁵

⁴SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999. p.11.

⁵MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Waleska Gbiotto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. v.1. 1995, p.87. Sobre a importância do tema referente à prova, cf. Enrico Ferri (**Defensas Penales**. Tradução de Jorge Guerreiro. 6.ed. Santa Fe de Bogotá (Colômbia): Editorial Temis, 2000. p.72), que, em 1886, salientou a essencialidade das provas para dar embasamento à sentença criminal condenatória, a qual não poderia apoiar-se em meras conjecturas. Lê-se: “*Se comprende que cuando se trata de tornar uma medida preventiva, para conjurar um peligro real o fantástico, puedan bastar conjeturas, aunque siempre fundadas sobre la realidad de los hechos; pero cuando se trata de castigar y no de prevenir, cuando la sanción de la ley debe imponerse sobre um ciudadano, entonces, ¡oh! entonces se necesitan pruebas, pruebas, nada más que pruebas*”.

Entre nós, emprestamos a definição de prova apresentada por um dos doutrinadores que melhor trataram do tema no Processo Civil, Moacyr Amaral Santos:

Prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Não pode ser imoral, ilegítima ou ilegal. No *sentido objetivo*, são os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. No *sentido subjetivo*, é a convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou não dos fatos. Esta se forma do conhecimento e ponderação daquela. *Prova judiciária* é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.⁶

Paulo Rangel empresta-lhe natureza de “direito subjetivo constitucional assegurado através do princípio do devido processo legal e inerente aos princípios da verdade real e do contraditório, pois contradizer é dizer e provar o contrário”.⁷

O professor latino Carlos Normando Hall, após discorrer sobre sua concepção de impossibilidade de traçar uma teoria geral da prova pela distinção que esta opera no direito processual penal em relação a todos os demais ramos do direito – por exemplo, a relatividade *sui generis* da confissão e o rechaço às presunções legais – define-a como “atos jurídicos processuais”⁸ e, ainda, a conceitua como “todo elemento objetivo que, incorporando-se ao processo, de acordo com suas prescrições, possa influir no intelecto dos sujeitos processuais, provocando neles o conhecimento razoável e certo, ou um juízo de probabilidade, sobre as questões de fato diretamente referidas à existência material de um delito e a sua autoria”.⁹

Percebe-se, claramente, que o autor insere, no conceito de prova, o pressuposto da licitude, quando dispõe que a prova é o elemento objetivo que se incorpora no processo “conforme as prescrições deste”, especificando que isso

⁶SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁷RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10.ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.423.

⁸HALL, Carlos Normando. **La Prueba Penal**. Rosario (Santa Fe/Argentina): Editorial Jurídica Nova Tesis, 2000. p.10-13.

⁹HALL, op. cit., p. 21-24.

significa “ingressar no processo de acordo com as formalidades dispostas pelas leis de forma, para assim cumprir com o princípio de igualdade das partes, da ampla defesa e do devido processo legal”.¹⁰

Também fala em “direito à prova” o processualista Antonio Scarance Fernandes como sendo o “direito à prova legitimamente obtida ou produzida”, em decorrência do qual se pode exigir do juiz o não ingresso ou permanência, nos autos, de prova ilícita produzida pela parte contrária, ou, mais amplamente, a exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes”.¹¹

Por fim, identifica, na esteira do pensamento de Rocco (*Trattado di diritto processuale civile*. Torino, 1975. v.2. p.181), três aspectos da prova processual penal: “o formal, como meio de prova utilizado pelas partes; o substancial, como razões ou motivos para propor a existência ou verdade dos fatos; e, por fim, o resultado objetivo, que corresponde ao convencimento operado no Juiz ou Tribunal acerca da existência ou verdade do fato probante”.¹²

Observa, ainda, no mesmo sentido, Rogério Lauria Tucci, que, das garantias processuais conferidas aos acusados em processo penal, “emergem dois postulados em matéria de iniciativa probatória e sua concretização, a saber: só são admissíveis as provas *pertinentes* aos fatos objetos de apuração, e *relevantes*; e os *meios* de sua obtenção e produção devem ser *idôneos*”.¹³

¹⁰HALL, op. cit., p. 22.

¹¹FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.80.

¹²HALL, op. cit., p. 20.

¹³TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.198.

1.2 MEIOS DE PROVA

Na esteira do pensamento de Guilherme de Souza Nucci, citado por César Dario Mariano da Silva, “os meios de prova são os recursos diretos ou indiretos utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo, ou seja, são os métodos pelos quais as informações sobre os fatos (provas) são introduzidos no processo”.¹⁴

Os Códigos de Processo Penal, em geral, enumeram os meios de prova, adotando dois sistemas: o das provas taxativas e o das provas enunciativas.

Por meio do último, a lei processual penal indica as chamadas provas legais, sendo, evidentemente, as mais conhecidas; contudo, não veda a produção de outras provas possíveis, chamadas provas inominadas.¹⁵

No Brasil, seguindo o último sistema, adotou-se a enumeração exemplificativa das provas em homenagem ao princípio da verdade real – material ou histórica –, que se constitui na finalidade do processo penal: “a reconstrução dos fatos tal e como efetivamente se sucederam”.¹⁶ Natural, pois, a tendência de não se impor limitação à prova sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa atuação da lei.¹⁷

Porém, é conveniente lembrar a lição de Alberto M. Binder no sentido de que o momento histórico representado pelo processo inquisitivo puro talvez tenha encampado, com maior força, a verdade material como finalidade do processo penal, em que não havia limitação à busca da verdade e se permitia a reconstrução desta a

¹⁴SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.9.

¹⁵ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.52.

¹⁶BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.132.

¹⁷TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3. p.226.

qualquer preço, inclusive mediante a tortura do acusado para que confessasse o crime, numa desvirtuação perversa do processo penal, hoje inadmissível.¹⁸

Nessa mesma linha de pensamento, a processualista Ada Pelegrini Grinover lembra o “sentido correto” do termo “verdade material”, como sendo a “verdade subtraída à influência que as partes, com seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela”; e “verdade judicial, prática, que não é absoluta ou ontológica nem pode ser obtida a qualquer preço”.¹⁹

Dentro desse contexto, oportuna a lição de João Gualberto Garcez Ramos sobre os azares inerentes à prova processual penal, dos quais certamente decorre o caráter relativo da verdade material:

Conforme é sabido, a prova criminal está sujeita a azares que vão desde a intervenção voluntária e deletéria de ser humano ou de animal irracional, até ocorrências naturais, como a chuva, o sol, raios elétricos etc. Além disso, está exposta à ação dissolutória do tempo, que a vai lentamente esmaecendo até fazê-la desaparecer: as testemunhas se esquecem do que presenciaram ou morrem das mais diversas causas, os documentos consomem-se pelo fogo, envelhecem, perdem a cor e às vezes, seu conteúdo, tendo em vista a instabilidade química das tintas utilizadas, as paisagens e os acidentes naturais são modificados por obras de construção civil etc.²⁰

Nessa esteira, o Código de Processo Penal pátrio arrola os meios de prova nos artigos 185 a 239, preocupando-se, ainda, em colocar, à disposição do Estado, na investigação e persecução criminal, medidas instrutórias lícitas de urgência.

No direito comparado, os sistemas que nos interessam pela proximidade que guardam de nosso ordenamento jurídico são o italiano e o norte-americano.

O primeiro enumera, exemplificativamente, sete meios de prova típicos, a saber, prova testemunhal, oitiva das partes, acareações, reconhecimentos, reconstituições judiciais, perícia e prova documental; porém, meio atípico de prova cada

¹⁸BINDER, op. cit., p.132.

¹⁹GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.115.

²⁰RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.257-258.

vez mais utilizado na Itália é a oitiva à distância por meio de recursos audiovisuais. Nesse caso, as partes fazem o requerimento de admissão da prova e o juiz, antes de decidir, ouve as partes acerca das modalidades de produção da prova (CPP, arts. 189, 194 a 243).²¹

O sistema norte-americano, por sua vez, em virtude da variação de procedimentos (estaduais, federal e distrital de Colúmbia) e do experimentalismo, acolhe o princípio da liberdade e não da tipicidade em matéria probatória, segundo se depreende da lição de João Gualberto Garcez Ramos.²²

À guisa de exemplo, podemos citar o detector de mentiras²³, o soro da verdade, o hipnotismo e certas experiências do *FBI* com investigadores dotados de poderes mediúnicos.

Ademais, no processo penal estadunidense, para a condenação, exige-se prova da culpa além de uma dúvida razoável (*proof of guilty beyond of a reasonable doubt*); é comum o uso de presunções legais e presunções de fato; a confissão é tratada diferentemente conforme tenha sido dada em liberdade ou durante uma prisão, em virtude da necessidade de apresentar as características de consciência, inteligência e liberdade; é admissível a prova testemunhal indireta (*hearsay rule*)

²¹TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.108.

²²RAMOS, João Gualberto Garcez. **Prova penal**. Curitiba, nov. 2003. Pesquisa de livre docência – Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná (divulgação restrita). p.17.

²³Interessante sobre o tema foi a decisão da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, rejeitando agravo apresentado por uma ex-funcionária da *American Airlines Inc.*, que trabalhou como agente de segurança no Aeroporto de Confins, Estado de Minas Gerais, e pleiteava indenização por danos morais por ter sido submetida a testes de polígrafo (detector de mentiras) por duas vezes ao longo de seu contrato de trabalho, uma aplicada por uma empresa de Miami e outra, do Peru. O relator, juiz convocado Ronald Cavalcante Soares, levou em consideração a habitualidade da empresa nesse tipo de procedimento em relação aos funcionários e a necessidade de segurança pública acentuada com os atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos da América, em virtude dos quais perdeu força a alegação de violação da intimidade e da honra da agravante (AIRR 524/2004-092-03-40.9. In: *Notadez Revista Jurídica*, Agente submetida a detector de mentira não obtém indenização. Ano III, boletim n. 549, 21 de setembro de 2005).

pelas regras federais de prova, fazendo parte da noção de devido processo legal. A escuta telefônica, contudo, gera, como no Direito pátrio, grande polêmica, ante a vedação às buscas e apreensões desarrazoadas, previstas na 4. Emenda; etc.²⁴

Por fim, em geral, vige a regra da permissibilidade da prova.

Sobre o assunto ensina Oswaldo Trigueiro do Valle Filho:

A proposição inicial vem do sistema de provas como um todo, ou seja, de que este é regido pelo princípio da permissividade. Quer isto dizer que as provas sempre são bem-vindas, porém, sob o prisma da legalidade, pois, com este referencial, não encontrarão óbices de recepção processual. Excepcionalmente, a prova encontrará limites, haja vista que a postura de ética, equilíbrio e balanceamento do ordenamento se figurarão como eficaz divisor de águas. Chega-se a falar que a regra é da atipicidade em termos probatórios, no que o ordenamento processual penal português é bastante límpido.²⁵

Isso significa dizer que os órgãos encarregados da investigação e persecução penal estão juridicamente limitados na busca da verdade real, ou atingível²⁶, devendo-se pautar pela legalidade quando chamados a investir contra a esfera privada constitucionalmente protegida do cidadão, ainda que suspeito ou acusado da prática de uma infração penal. Por outro lado, significa, ainda, que o Estado não pode investir em práticas repressivas que repugnam a consciência de país democrático, numa imoral competição com os criminosos no cometimento de violência e atos de desumanidade.²⁷

Imprescindível, portanto, que a prova seja considerada idônea ao fim a que se destina; imprescindível que seja obtida ou produzida licitamente.

²⁴RAMOS, J. G. G., **Prova penal...**, op. cit., p.3-9 e 17-18.

²⁵VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A ilicitude da prova**: teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.39.

²⁶Utilizando o termo preconizado por Rogério Lauria Tucci (op. cit.).

²⁷Conferir Railda Saraiva, citada por Rogério Lauria Tucci, em sua obra **Direitos e garantias...** (op. cit., p.71).

A esse respeito:

Lembra Antonio Magalhães GOMES FILHO, que a admissibilidade da prova constitui, em linha de princípio, 'um conceito de direito processual', consistindo 'numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; daí sua habitual formulação em termos negativos: *inadmissibilidade; proibição de prova, 'exclusionary rules'*'.²⁸

1.3 LIMITAÇÕES IMPOSTAS À PROVA PROCESSUAL PENAL

Conquanto no processo penal o objetivo da instrução probatória seja a busca da verdade real – material ou histórica –, na fase hodierna, de evolução dos direitos e garantias fundamentais e afirmação dos direitos humanos, além da distância temporal entre o ocorrido e a sua reconstituição no processo, aquele objetivo não pode ser perseguido de forma absoluta, estando submetido a limitações e proibições formais e materiais.

Tanto a reconstrução histórica do fato criminoso não é perfeita, portanto, absoluta, a começar que para sua imperfeição contribui normalmente o próprio investigado, destruindo o pedaço de estrada cujos rastros se procura percorrer na reconstituição do crime.²⁹

Ademais, podemos lembrar o ensinamento de Nicola Framarino Dei Malatesta, sobre a verdade, que se busca no processo penal: “a verdade é um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem, por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdadeiro”.³⁰

²⁸TUCCI, op. cit., p.198-199.

²⁹CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. 7.ed. Campinas (SP): Bookseller, 2005. p.45-46.

³⁰MALATESTA, op. cit., p.21.

Eduardo Trigueiro do Valle Filho, citando Manoel da Costa Andrade, informou que, “em 1903, Belling já se debruçava sobre o tema no ordenamento germânico, lançando sobre o sistema probatório diferentes questionamentos”.³¹

Antes disso, porém, nos Estados Unidos da América, em 1886, a Suprema Corte tratou da matéria, criando a *exclusionary rule of evidence*, ou regra de exclusão, pela qual se decidiu pela exclusão, do processo penal, de prova produzida com infração a alguma das regras, cláusulas ou direitos garantidos constitucionalmente.³²

Assim, concluímos que a evolução do pensamento no âmbito processual penal guarda consonância com a concepção de Estado Democrático e Estado de Direito.³³

Carlos Normando Hall, após classificar a licitude como princípio reitor da prova penal na Argentina, rechaçando sua obtenção por métodos violentos ou torturas de quaisquer índoles, repudiados em tratados e convenções internacionais, afirma que tal princípio ataca toda desnaturalização ou falsificação de documentos, testemunhas ou perícias que se queiram utilizar no processo, definitivamente nulas por causa da ilicitude que conservam; nulidade esta absoluta e insanável quando a ilicitude versar sobre violação de garantias constitucionais.³⁴

Completa seu pensamento salientando que “esse princípio ataca e resiste a todo intento e proceder ilícito de obtenção de provas, no caso específico de vulneração constitucional conclui inexoravelmente com a nulidade absoluta e a exclusão probatória

³¹VALLE FILHO, op. cit., p.32-33.

³²Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 6 S.Ct. 524, 29 L.Ed. 746.

³³VALLE FILHO, op. cit., p.37-38.

³⁴HALL, op. cit., p.35-36. O autor cita, como exemplo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporados, pelo inc. 22 do art. 75, à Constituição Argentina.

do meio e dos que dele dependam”³⁵, aqui se referindo às provas ilícitas por derivação, da qual falaremos mais tarde.

Oportuno considerar que em tempos em que o desafio do Estado é garantir a segurança pública em meio ao terrorismo e ao crime organizado, o respeito aos direitos fundamentais torna-se mais urgente, sob pena de, com aquele argumento, voltarmos aos regimes totalitários: “a norma que restringe direitos fundamentais deve ser interpretada restritivamente”, registrou Eliomar da Silva Pereira.³⁶

Ademais, sobre essa “tendência” do Estado de lançar mão de meios duvidosos, por vezes, condenáveis, para atingir o tão desejado “bem comum”, escreveu Roberto Lyra Filho:

...Ainda existem ‘estados’ dentro do Estado, com suas ordens concorrentes; desajustadas, terroristas, repressivas, que também se dizem revolucionárias e abusam dos meios, tornando injurídico o fim, contaminado pela supressão da liberdade e da vida de adversários indefesos e até de companheiros dissidentes; isto, como se a práxis transformadora do mundo, em evolução ou ruptura, também não tivesse os **mesmos limites jurídicos**, a que deve subordinar-se o Estado, sob pena de acumular ilegalidades em grau tolerável.³⁷

Por fim, arrematou:

...A própria práxis transformadora do mundo tem limites jurídicos, pois o processo de libertação se desnatura quando pretende sacrificar, paradoxalmente, o seu fim nos meios utilizados para alcançá-lo.³⁸

Sobre o tema da prova ilícita *versus* a busca da verdade real a qualquer preço, clássica a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um

³⁵HALL, op. cit., p.36.

³⁶PEREIRA, Eliomar da Silva. Investigação e crime organizado: funções ilegítimas da prisão temporária. **Boletim IBCCRIM**, Ano 13, n.157, p.13, dez. 2005.

³⁷LYRA FILHO, Roberto. **Pesquisa em QUE direito?** Brasília: Nair, 1984. p.14.

³⁸LYRA FILHO, op. cit., p.19.

processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobrepõe, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão dos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Helena Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5., inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (STF – Ação Penal 307-3-DE – Plenário – Relator Ministro Ilmar Galvão – DJU 13/10/1995 – RTJ 162/03-340).³⁹

Assim, pela própria natureza do Estado de Direito, o processo penal sofre de uma incapacidade intrínseca e absoluta para alcançar plenamente a verdade material, embora seja este um objetivo legítimo seu; destarte, torna-se possível, porquanto condizente com as garantias fundamentais do homem e do cidadão, a construção de uma “verdade forense” ou “verdade formal”, segundo termo amplamente utilizado no processo civil.

Alberto M. Binder explica que “a diferença está em que, no processo civil o princípio da verdade está condicionado pelo ‘princípio da disposição’, já que são as partes que introduzem os fatos no processo. No processo penal não existe esta limitação, porém o conceito de ‘verdade formal’ provém do fato de que os meios para incluir informações estão totalmente limitados e formalizados”.⁴⁰

Finaliza, dizendo que

seria mais correto afirmar que o processo penal não ‘reconstrói’ os fatos, mas, na realidade, os ‘redefine’; não ‘soluciona’ um determinado conflito mediante a averiguação da verdade, mas o tira do seio da sociedade, redefine-o mediante inumeráveis dispositivos e, com o intuito de reconstruir a verdade, reinstala-o na sociedade com uma cota maior de legitimidade, de acordo com as características do próprio processo penal.⁴¹

As limitações formais à prova são previstas no próprio Código de Processo Penal, como a proibição de depor de determinadas pessoas que não devem revelar

³⁹MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.125.

⁴⁰BINDER, op. cit., p.133.

⁴¹BINDER, op. cit., p.133.

a verdade em razão de função, ministério, ofício ou profissão (CPP, art. 207); a proibição de juntar documentos em processos de crimes dolosos contra a vida se deles se não tiver dado ciência à parte contrária com antecedência mínima de 03 (três) dias do julgamento (CPP, art. 475) etc.

Há, no entanto, outras proibições à produção das provas, por exemplo, quando o meio utilizado não for legal ou não for moralmente legítimo.⁴²

Assim se pronunciou, sobre o tema, Jorge E. Vasquez Rossi:

Antes das faculdades de quem produz a prova está o *principio geral da liberdade da prova* que significa que tudo se pode provar e por qualquer meio, também conhecido como *principio de investigación integral* que outorga uma ampla margem de discricionariedade que, claro está, jamais pode converter-se em arbitrariedad nem se realizar à margem dos preceitos constitucionais.⁴³

Eugenio Florian fala em limitações jurídicas formais e materiais: aquelas dizem respeito propriamente ao procedimento, isto é, as provas devem ser produzidas de conformidade com as formalidades processuais; as substanciais são limitações legais impostas à prova.⁴⁴

⁴²A regra geral, prevista no artigo 332 do Código de Processo Penal, aplica-se subsidiariamente a todos os demais ramos do direito.

⁴³ROSSI, Jorge Eduardo Vázquez. **Derecho Procesal Penal**: La realización penal. Rubinza: Culzoni, 2004. v.2. p.308. *“Pero con anterioridad, entre las facultades del instructor (art. 206) se sienta el principio general de libertad de prueba que significa que todo se puede probar y por cualquier medio, lo que también ha sido conocido como principio de investigación integral que otorga un amplio margen de discrecionalidad que, claro está, jamás puede convertirse en arbitrariedad ni realizarse al margen de los preceptos constitucionales.”*

⁴⁴FLORIAN, Eugenio. **De las Pruebas Penales**: de la Prueba en General. 3.ed. Bogotá (Colômbia): Editorial Temis, 2002. v.1. p.224. Porém, o mesmo autor arrole alguns meios de prova que, ao menos no Brasil, são inadmissíveis, tais como a hipnose, a narcoanálise, o detector de mentiras etc. Investigando o direito alienígena, no tocante à hipnose e outros estados de inconsciência, ressalva que *“el art. 613 del Código Penal castiga ‘al que, mediante sugestión hipnótica o en vigilia, valiéndose de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de cualquier otro medio, ponga a una persona, sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender o de querer’, y el art. 728 sanciona ‘al que ponga a una persona, sin el consentimiento de esta, em estado de narcosis o de hipnosis, o efectúe sobre ella um tratamiento que le suprima la consciencia o la voluntad... si del hecho se deriva um peligro para la integridad dela persona’”* (p.231).

No sistema dos Estados Unidos da América, no entanto, como afirmamos alhures, é permitido o uso do detector de mentiras, o soro da verdade, o hipnotismo e certas experiências do *FBI* com investigadores dotados de poderes mediúnicos.

No Brasil, a Constituição Federal dispõe, no inciso LVI do artigo 5., que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

1.4 A PROVA ILÍCITA

1.4.1 Conceito

O tema da prova ilícita ganha espaço entre as preocupações fundamentais do direito processual moderno tendo em vista, dentre outros fatores, de um lado, a vulnerabilidade dos direitos constitucionais da pessoa humana em face do desenvolvimento tecnológico, e a necessidade da utilização deste, pelo Estado, como meio de enfrentamento da macrocriminalidade, crescente, violenta e organizada.⁴⁵

As provas ilegais são o gênero dos quais as provas ilícitas e ilegítimas são espécies, configurando a ilegalidade pela obtenção da prova com violação de natureza material ou processual.⁴⁶

Descendo a um plano mais específico, é comum diferenciarmos as provas ilícitas das ilegítimas como sendo, as primeiras, as que contêm violações a normas de direito material, notadamente às liberdades públicas e, as segundas, aquelas que violam normas de direito processual.

Quiroga ensina que a terminologia utilizada não é uniforme (prova proibida, ilegal, ilegalmente obtida, ilícitas, ilicitamente obtida, ilegitimamente admitidas, proibições probatórias). Explica ser possível que uma prova, embora lícita em determinada situação, tenha sido ilicitamente obtida no caso concreto; por outro lado, diz que a

⁴⁵FERNANDES, op. cit., p.89.

⁴⁶MORAES, op. cit., p.125.

prova pode conter uma ilicitude em si mesma que ocasione a proibição de sua realização, independentemente da forma como foi obtida, por exemplo, a reconstituição de um crime de estupro, que fere o direito, a moral e o direito constitucional à privacidade das partes envolvidas.⁴⁷

Ainda, Alberto M. Binder aproxima-se desse ensinamento quando menciona os três níveis limitadores das provas e, conseqüentemente, do acesso à verdade material. Diz que no primeiro nível estão as “proibições probatórias”, englobando certos campos, temas e métodos absolutamente proibidos, como tortura, ameaça e coação para obter confissão; no segundo nível estão as normas limitadoras da obtenção de informações, constituído por aqueles casos em que a informação pode ser obtida somente se houver uma autorização judicial expressa e específica (ex.: documentos localizados em domicílios particulares, arrombamentos, interceptação de comunicações, ocultação de papéis ou documentos particulares de qualquer espécie); e, por fim, o terceiro nível é o da “legalidade da prova”, traduzindo-se na pura formalização, que proíbe a inclusão, no processo, de informações advindas de rumores, testemunhas anônimas, conhecimento privado do Juiz etc.⁴⁸

Dentro desse contexto, os dois primeiros níveis dizem respeito às provas ilícitas e o terceiro, às provas ilegítimas, ou seja, às provas obtidas com violação de norma de direito processual, que ensejam a aplicação de sanção prevista na norma em referência, a qual pode culminar com a declaração de inadmissibilidade ou decretação de nulidade da prova.⁴⁹

⁴⁷QUIROGA, Jacobo López Barja de. **Las Escuchas Telefônicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida**. Madrid (Espanha): Ediciones Akal AS, 1989. p.17.

⁴⁸BINDER, op. cit., p.134.

⁴⁹Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que “as provas obtidas mediante decreto não fundamentado de quebra de sigilo bancário e fiscal constituem provas ilegítimas e, em conseqüência, podem ser reproduzidas desde que observada a formalidade processual que deu causa à anulação do ato” (STF – HC 80.724/SP – Pleno – Relator Ministra Ellen Gracie – 20/03/2001 – *Informativo STF* n. 221 – 19 a 23 de abril de 2001 – p.2). Cf., a respeito, Alexandre de Moraes (op. cit., p.125).

Oportuno, aqui, embora sem a pretensão de aprofundarmos no tema, fazer uma curta digressão pelos caminhos das nulidades em matéria probatória, tendo em vista os reflexos decorrentes da produção de uma prova ilícita.

Lembra Antonio Magalhães Gomes Filho a distinção entre inadmissibilidade e nulidade da prova:

...enquanto a nulidade é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua irregularidade e, conseqüentemente, a invalidade e ineficácia, a admissibilidade (ou inadmissibilidade) decorre de uma apreciação feita antecipadamente impedindo que a irregularidade se consuma.⁵⁰

Segundo Ada Pelegrine Grinover, no caso de prova ilegítima basta a declaração de nulidade do ato processual ou ineficácia da decisão fundada na prova ilegal⁵¹; por outro lado, em caso de prova ilícita, o problema se agrava na medida em que a prova é colhida com infringência de normas e princípios constitucionais e legais, na maioria das vezes protetivos de liberdades públicas, como os direitos da personalidade⁵² e intimidade.

⁵⁰GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. S. Revista dos Tribunais, 1997. p.94.

⁵¹GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.117. Contudo, registamos de curiosidade, o exemplo citado por Eugenio Florian em que se permitiu a reconstrução do fato com violação à intimidade da acusada: "na Alemanha, em 1922, para comprovar um espetáculo, no qual uma mulher aparecia completamente nua ante os aplausos do público, foi considerado como ultraje à moral ou como manifestação artística decorosa, um tribunal repetir o espetáculo em um pequeno teatro, em sua presença e de peritos em arte, com a mulher nua" (FLORIAN, op. cit., p.543).

⁵²Segundo definição de Carlos Alberto Bittar, "consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem: a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos" (BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p.1).

Assim, os professores Ada Pelegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, na clássica obra *As Nulidades no Processo Penal*, definem a prova ilícita propriamente dita da seguinte maneira⁵³:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.

Constituem, assim provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5, XI, CF) ou das comunicações (art. 5., XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5., III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5., X, CF).

De fato, enquanto a violação da proibição da prova imposta por normas procedimentais ocorre no momento da produção probatória e recebe a sanção descrita na lei processual, podendo culminar na declaração de nulidade ou inadmissibilidade da prova; à produção da prova com violação de normas materiais, previstas na Constituição e demais leis, que a fazem ilícita, são cominadas sanções civis, administrativas e penais, inclusive, como no caso da tortura, da violação de domicílio, do emprego de substância entorpecente (álcool, narcóticos etc.) para forçar a confissão ou o testemunho da verdade, dentre outros, não podendo ser admitidas no processo.

Confira-se:

Não há no Código de Processo Penal norma genérica a respeito do desentranhamento da prova ilícita. Aplica-se, por interpretação extensiva, o art. 145, IV, que determina o desentranhamento de documento considerado falso. As interceptações telefônicas ou gravações clandestinas constituem, no sistema processual penal, provas documentais e,

⁵³GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.117. Nessa obra, ainda, mencionam que “foi sob essa ótica que a Comissão de Juristas constituída pelo Ministério da Justiça e presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, da Escola Nacional da Magistratura, redigiu o artigo 157 da proposta de reforma do Código de Processo Penal, dispondo expressamente que ‘serão inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a princípios ou normas constitucionais, e as delas decorrentes’ (DJU 25/11/94, p.17.860)”. Outrossim, Antonio Scarance Fernandes salienta que o Projeto de Lei n.º 4.205/2001, constante da reforma do Código de Processo Penal, proposta em 2000 pelo Ministério da Justiça, havia definido a “prova ilícita como aquela obtida em violação a princípios ou normas constitucionais” (FERNANDES, op. cit., p.91).

se obtidas por meios ilícitos, devem também ser desentranhadas. O mesmo dispositivo serve, por analogia, para o desentranhamento de outras provas obtidas por meios ilícitos; assim o auto de apreensão de coisas encontradas na residência de determinada pessoa, quando houve violação de domicílio.⁵⁴

No presente trabalho, interessa-nos especificamente a prova ilícita, cuja proibição foi inserida pelo legislador constituinte no rol das garantias processuais penais, mas sobre a qual perduram as mais diversas indagações, mormente quando confrontada com outros direitos e garantias fundamentais.

Reportando-se ao magistério de José Frederico Marques, Rogério Lauria Tucci arremata:

Inadmissível, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória. Por isso, a tortura, as brutalidades e todo atentado violento à integridade corporal devem ser banidos da investigação e da instrução. E o mesmo se diga do que se denomina, com eufemismo, de *torturas lícitas*, como *the bird degree* da polícia americana ou os interrogatórios fatigantes, penosos e exaustivos. Igualmente condenáveis são os procedimentos desleais, como, por exemplo, a captação clandestina de telefonemas, o emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos telefônicos, de conversações íntimas.⁵⁵

1.4.2 Disciplina Legal nos Direito Pátrio e Alienígena

Conforme temos salientado, no Brasil, conquanto assegurado constitucionalmente, o direito à prova, como garantia processual do acusado, encontra limites, de ordem material e processual, que se tornam mais robustos no âmbito criminal tendo em vista a necessidade de proteção das liberdades públicas do indivíduo.

O motivo dessa disciplina legal é explicado, com muita propriedade, por Ada Pellegrini Grinover, quando revela que “a dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação

⁵⁴FERNANDES, op. cit., p.97.

⁵⁵TUCCI, op. cit., p.202.

de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”.⁵⁶

E completa:

A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor de verdade*. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um *valor de garantia*.⁵⁷

Eugênio Pacelli de Oliveira salienta que o objeto da proteção não é apenas a *ética* do procedimento, mas, sobretudo, a violação a direitos fundamentais, via de regra, mais expostas a tais diligências investigativas. [...] Daí a ressalva constitucional à *cláusula de jurisdição*, exigindo que determinadas franquias – violação de liberdades públicas – dependam exclusivamente de ordem judicial.⁵⁸

Paulo Rangel, ainda, esclarece:

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar⁵⁹, [...] um dos limites impostos à busca da verdade é o respeito à dignidade humana, sendo proibidas em nosso sistema constitucional as provas obtidas por meios ilícitos. Neste caso, o juiz vê-se impedido, diante do binômio *defesa social x direito de liberdade*, de prosseguir na busca da verdade sem ofender um dos direitos e garantias fundamentais.⁶⁰

Falando em nível dogmático, Antonio Scarance Fernandes revela que o problema consiste em saber-se se é admitida prova processual penal ilícita quando, no ordenamento jurídico, inexistente norma declarando inadmissibilidade.

⁵⁶GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.113.

⁵⁷GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.114.

⁵⁸OLIVEIRA, op. cit., p.306.

⁵⁹RANGEL, op. cit., p.422.

⁶⁰RANGEL, op. cit., p.6.

Cita o autor, como

consequência dessa polêmica, o surgimento de quatro correntes doutrinárias: 1) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem a produziu pelo crime eventualmente cometido (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima); 2) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não admite que a prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, seja aceita no âmbito do processo (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana Aguiar); 3) é inadmissível a prova obtida com violação de norma constitucional por sua inconstitucionalidade (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio); e 4) a prova obtida com violação constitucional pode ser admitida em casos excepcionais, quando os valores também constitucionalmente protegidos que se visava resguardar com a obtenção ilícita forem mais relevantes do que os infringidos na colheita da prova (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha e Moniz Aragão).⁶¹

A respeito, o lapidar voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação Penal 307-3, citado por Alexandre de Moraes:

A norma inscrita no art. 5., LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p. 60/82, 1990, Forense Universitária; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, em *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – *e repudiada sempre* – pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, op. cit., p. 62, 1990, Forense Universitária). A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da constitucionalidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de *não ser denunciado*, de *não ser julgado* e de *não ser condenado* com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, *de modo peremptório*, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – *de qualquer prova* – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, *por mínimo que seja*, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *Exclusionary Rule*, considerada

⁶¹FERNANDES, op. cit., p.90-91.

essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo *banimento processual de evidência ilicitamente coligida*, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.).⁶²

Entre nós, portanto, a prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) é inconstitucional, portanto, destituída de validade jurídica, resultante o dispositivo da “opção do Constituinte em adotar a corrente doutrinária que entende que a obtenção ilícita sempre contamina a prova, impedindo sua apresentação e validade judicial”.⁶³

Informa Vicente Greco Filho que o Constituinte desprezou as demais correntes doutrinárias acerca da ilicitude da prova, acima citadas, revelando que o fez tanto em relação à que entendia que “as provas teriam validade, ou não, independentemente da ilicitude da obtenção, devendo a ilicitude ser apurada e punida separadamente, sem que, porém, contaminasse a prova”; quanto à outra, “que entendia que a obtenção ilícita da prova poderia levar à ilicitude e conseqüente inadmissibilidade desde que o bem jurídico sacrificado com a ilicitude tivesse maior valor que o bem obtido com a apresentação da prova”.⁶⁴

Com efeito, determina o inciso LVI do artigo 5. da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Quanto à disciplina da ilicitude da prova traçada no direito alienígena, podemos citar algumas.

Jorge Eduardo Vázquez Rossi ensina que o novo Código Processual Penal da *Província de Córdoba* prevê expressamente a inadmissibilidade das provas ilícitas,

⁶²MORAES, op. cit., p.125-126.

⁶³GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1. p.47-48.

⁶⁴GRECO FILHO, **Direito processual...**, op. cit., p.47-48.

determinando a exclusão de prova contrária ao acusado, obtida em desrespeito às garantias constitucionais deste.⁶⁵

Revela, ainda, que a Constituição Nacional consagra um amplo espectro de direitos individuais, acentuando a proeminência da pessoa frente ao Estado, levando-a a proteger determinados espaços físicos (domicílio) e formas comunicativas (papéis privados, interceptação de correspondências e telefônicas) que se encontram no âmbito de privacidade indispensável ao desenvolvimento individual.⁶⁶

Na *Itália*, o tema é tratado de forma um tanto diversa, falando-se em *inutilizabilidade da prova*, o qual descreve dois aspectos do mesmo fenômeno, tanto o “vício” que contém o ato quanto o “regime jurídico” ao qual aquele é submetido. É, pois, um tipo de invalidade que não atinge o ato em si, mas o seu “valor probatório”, impedindo-o (o ato) de servir de fundamento para a decisão judicial.⁶⁷

Aliás, no artigo 191, inciso 1, o Código de Processo Penal Italiano afirma que “as provas adquiridas com violação das proibições estabelecidas pela lei não podem ser utilizadas”. O regime jurídico é o enunciado no inciso 2, que reza ser argüível a inutilizabilidade, também de ofício e em qualquer momento ou grau do procedimento.⁶⁸

A doutrina italiana fala, nesse contexto, que a proibição idônea a gerar a inutilizabilidade é somente aquela prevista por uma norma processual, e não material, pois estas geram nulidades, ao atingirem o ato em si, enquanto as inutilizabilidades atingem apenas o seu valor probatório. Explica que a interpretação pode ser extraída

⁶⁵ROSSI, op. cit., p.311: “El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba sienta la regla de que ‘todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba’ (art. 192), con las excepciones ya consideradas, las que, en relación a aquellas obtenidas en contra del imputado a través de un acto que ha significado apartarse de las garantías constitucionales, son expresamente inadmisibles a través de la regla de ‘exclusión probatoria’ (art. 194)”.

⁶⁶ROSSI, op. cit., p.287.

⁶⁷TONINI, op. cit., p.76.

⁶⁸TONINI, op. cit., p.77.

do *nomen iuris* do art. 191 do Código de Processo Penal, o qual se refere às provas “ilegitimamente adquiridas”.⁶⁹

Por sua vez, na *Áustria*, segundo Mittermaier, o Código Penal, no artigo 401, declara expressamente “nula a confissão extorquida por ameaças ou violências; e, sem se importar com a primeira confissão obtida por meio de violência, erige em prova a confissão posterior, se o espírito do acusado parecer inteiramente livre de qualquer influência ilegal, e se lhe houverem sido dadas, a este respeito, todas as garantias de segurança futuras”.⁷⁰

Outrossim, *Portugal*, no artigo 32 da Constituição de 1976, proibiu expressamente todas as provas obtidas mediante tortura, coação grave, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.⁷¹

Conforme salientou o Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos, em sua primeira aula sobre o tema, “na tradição anglo-saxônica, os tratados e os cursos dedicados ao processo penal não costumam reservar um espaço exclusivo para a teoria da prova”.⁷²

No *Sistema Inglês*, prevalece a possibilidade de utilização das provas ilegalmente obtidas; porquanto, à justiça criminal cabe perquirir como ocorreram os fatos para melhor julgá-los e não como a prova foi obtida. No entanto, Antonio Magalhães Gomes Filho lembra que tais provas podem ser excluídas, discricionariamente, pelo

⁶⁹TONINI, op. cit., p.77.

⁷⁰MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada**. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. 2.tir. [s.l.]: Bookseller, 1997. p.206.

⁷¹GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.123.

juiz, não se constituindo essa atitude uma regra geral.⁷³ César Dario Mariano da Silva completa que “aquela pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita deverá ser punida, caso a sua conduta seja criminosa”.⁷⁴

Em sintonia com o sistema anglo-saxão, como já visto linhas atrás, nos *Estados Unidos* não há uma vedação constitucional expressa às provas ilícitas. De forma diversa do sistema constitucional processual penal brasileiro, a Constituição Norte-americana não proíbe expressamente a utilização das provas processuais penais ilícitas; todavia, confere garantias do cidadão contra esse tipo de atitude por parte das autoridades públicas.⁷⁵

Segundo Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, “emblemático neste panorama o modelo *good faith*, pelo qual a iniciativa da população americana, impulsionada pela mídia, pretendia que as atividades policiais ilegais pudessem ser sanadas ante a boa-fé de seus agentes. Segundo seus defensores, a finalidade era positiva, jogando sob suspeita a atividade de juristas na proteção daquele modelo que fez da América o palco da real revolução popular *We the people*”.⁷⁶

Assim,

coube à jurisprudência norte-americana confirmar e tornar efetivas as garantias do cidadão contra esse tipo de atitude por parte das autoridades públicas, excluindo as provas ilícitas, principalmente com fundamento nas garantias consagradas nas 4. e 5. Emendas. Aliás, convém lembrar que foi em virtude do corajoso e salutar desenvolvimento

⁷³GOMES FILHO, op. cit., p.101.

⁷⁴SILVA, C. D. M. da, *Prova ilícita*, op. cit., p.27.

⁷⁵RAMOS, *Prova penal*, op. cit., p.12.

⁷⁶VALLE FILHO, op. cit., p.66-67. No texto, o autor refere-se a Manoel da Costa Andrade.

Transcrevemos a cláusula *we the people*: “**Nós, o povo** dos Estados Unidos, com a vontade de tornar mais perfeita nossa União, de baseá-la na Justiça, de assegurar a paz civil, de prover a necessidade de uma defesa comum, de promover a prosperidade de todos e assegurar os benefícios da liberdade para nós e nossos descendentes, instituímos e promulgamos a presente Constituição para os Estados Unidos da América” (VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Temas de direito constitucional norte-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.67-74).

dessa jurisprudência que as *exclusionary rules*, tidas em modelos próprios e característicos das *Amendments*, tornaram-se vivas a partir de aplicações práticas.⁷⁷

Nesse sentido, eis a lição de João Gualberto Garcez Ramos:

Nos EUA, a questão surgiu, no âmbito da Suprema Corte, em *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 6 S.Ct. 524, 29 L.Ed. 746 (1886). Nessa decisão desenvolveu-se a idéia de que uma prova produzida com infração de alguma das regras ou cláusulas ou direitos garantidos pela Constituição deveria ser excluída do processo, a fim de que não tivesse qualquer efeito na determinação seja da materialidade, seja da autoria, seja da ilicitude ou seja da culpabilidade de um fato criminoso. A isso denominou de 'regra de exclusão de prova' (*exclusionary rule of evidence*) ou, simplesmente, de 'regra de exclusão' (*exclusionary rule*).

O caso em *Boyd* se referiu a um processo em que as autoridades federais obtiveram um mandado *sub poena duces tecum*, com o objetivo de obter documentos que se encontravam na posse de um suspeito da prática de uma infração penal. A Corte decidiu que essa prática de obrigar o próprio acusado a fazer prova contra si violaria o 'privilégio contra a auto-incriminação' (*privilege against self-incrimination*), insculpido na 5. Emenda. Determinou a exclusão da prova assim obtida.⁷⁸

Continua o autor lecionando que, nessa oportunidade, a opinião do *Justice BRADLEY*, depois de citar o julgamento de Lord Camden em *ENTICK v. CARRINGTON*, foi a seguinte:

os princípios invocados nesta opinião afetam a essência da liberdade constitucional e da segurança, [...] e se aplicam a todas as invasões por parte do governo e seus empregados da santidade da casa de um homem e da privacidade da vida. Não é o rompimento das portas dele e a revista de suas gavetas que constituem a essência da ofensa; mas é a invasão do direito dele de segurança pessoal, liberdade pessoal e propriedade privada, que não admite invasão pública. É a invasão deste direito sagrado que está por baixo e constitui a essência do julgamento.

Outra lembrança digna de nota, por envolver a busca e apreensão desarrazoada, é o *leading case* *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914), a seguir resumida.

Enquanto o demandante estava ausente, certos oficiais do governo, destituídos de mandado de busca, dirigiram-se até sua casa e, informados por um vizinho do local onde se encontrava a chave, acharam-na e entraram na residência e em seu

⁷⁷VALLE FILHO, op. cit., p.33.

⁷⁸RAMOS, *Prova penal*, op. cit., p.11.

quarto, ocasião em que apreenderam vários documentos, artigos e coisas de propriedade do demandante.

O *marshal* retornou com o propósito declarado de obter prova adicional para demonstrar a culpa, tendo, então, encontrado cartas escritas pelo demandante, as quais foram entregues ao advogado do distrito e que foram suficientes para fornecer evidência contra este à tentativa.

Com o objetivo de obter revisão da condenação na qual se impôs pena de multa e prisão, por violação ao artigo 213 do Código Criminal, o demandante apoiou-se nas 4. e 5. Emendas.

No caso, ressaltou-se que os policiais federais somente poderiam ter invadido a casa do acusado quando armados com uma autorização judicial, conforme requerida pela Constituição, descrevendo-se com particularidade razoável a coisa para a qual seria feita a procura.

Nesse sentido, o efeito da 4.^a Emenda foi pôr os tribunais estadunidenses e os policiais federais sob limitações e restrições ao exercício do poder e da autoridade. Entendeu-se que os esforços dos agentes públicos para castigar o culpado, apesar de louvável, não seria ajudado pelo sacrifício desses grandes princípios estabelecidos durante anos de empenho e sofrimento, tanto que resultaram na sua incorporação à lei fundamental.

Assim, no ordenamento americano, as chamadas *exclusionary rules* são consideradas essenciais pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, na medida em que impedem a utilização, em juízo, das provas ilegalmente obtidas; porém, não por força da ilicitude de sua obtenção, mas porque reputadas inconstitucionais com relação à 4.^a Emenda, sua matriz fundamental.⁷⁹

⁷⁹Conferir: GARRITY v. NEW JERSEY, 385 U.S. 493, 1967; MAPP v. OHIO, 367 U.S. 643, 1961; WONG SUN v. UNITED STATES, 371 U.S. 471, 1962.

Assim, com a garantia, evita-se condutas ilegais pela polícia; mantém-se a integridade judicial, posto que, admitindo provas ilícitas, o Poder Judiciário tornar-se-ia cúmplice da ilegalidade policial, corrompendo-se o julgamento; e assegura-se, ao povo, que a acusação não será beneficiada pela conduta ilegal das autoridades públicas, diminuindo o risco de seriamente minar a confiança do governo.

Não obstante as críticas recebidas pelos processualistas alienígenas, em razão do raciocínio silogístico realizado naquele julgamento, o caso é de extrema relevância por constituir um marco da jurisprudência americana no que tange à inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal.

No Brasil, tal pensamento teve reflexos no voto do Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário 251.445-4-GO, em que se pronunciou nesse sentido:

A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. [...] A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica” (STF – RE 251.445-4-GO – Relator: Ministro Celso de Mello – DJU de 03/08/2000 – p.68).⁸⁰

1.4.3 Prova Ilícita por Derivação

Outra questão tormentosa dentro do tema da ilicitude das provas diz respeito àquelas provas que, em sua essência, apresentam-se como material e processualmente lícitas e válidas, mas que derivaram de provas ilicitamente obtidas.⁸¹

⁸⁰BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.134-135.

⁸¹GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.120-122. Expõe alguns exemplos em que a teoria da derivação das provas ilícitas pode ser aplicada: “É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado,

Fernando Capez cita, como exemplo, a confissão extorquida mediante tortura, que vem a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Diz que, a despeito de regular, estaria a confissão contaminada pelo vício na origem (tortura). Outro exemplo dado pelo autor é a hipótese de interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual a Polícia descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Assinala que, igualmente, haveria, aqui, ilicitude por derivação.⁸²

Pergunta-se: Tais provas são válidas, ou a ilicitude da prova principal as contamina, tornando-as igualmente ilícitas?

Mais uma vez, a jurisprudência norte-americana, pioneiramente, por meio do *Justice* Oliver W. Holmes, formulou a denominada *Fruits of Poisonous Tree Doctrine*, conhecida nacionalmente como a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

A partir da decisão proferida no caso “*Silverthorne Lumber Co. v. United States*” (251 US 385; 40 S. Ct. 182; 64 L. Ed. 319), em 1920, as cortes americanas passaram a não aceitar provas obtidas por meio de práticas ilícitas, com o objetivo de desencorajar as autoridades públicas, ou quem quer que fosse, que pretendessem utilizar métodos ilegais para a obtenção de prova processual. Por ela, entendeu-se que o vício da prova ilícita se transmitiria a todas as provas dela decorrentes, ou seja, o vício da planta se transmitiria a todos os seus frutos (daí o nome dado à teoria).

incrimina o acusado”. Cita a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de 11 de novembro de 1997, na qual se determinou o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo cível de separação judicial (RTJ 84/609); e, ainda, a decisão de 28 de junho de 1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva (RTJ 110/798). No que diz respeito ao processo penal, lembra a decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de 18 de dezembro de 1986, que determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47). Não obstante, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da admissibilidade das provas lícitas derivadas de outra, ilícita, quando, na preliminar do julgamento do ex-Presidente Collor, rechaçou a prova ilícita, mas a maioria entendeu admissível a prova ilícita por derivação.

⁸²CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.31-32.

No entanto, conforme afirmado por Fernando Capez, essa tendência vem se invertendo, e a Suprema Corte passa a admitir, em algumas hipóteses extremas, até mesmo prova resultante de confissão extorquida.⁸³

Contudo, não se constitui excesso de zelo trazer a lume os perigos de uma interpretação como essa.

Com efeito, em favor da teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual a ilicitude originária transmite-se às provas dela decorrentes, conforme assinala Vicente Greco Filho,

militem os argumentos mais robustos, dentre os quais, o da impossibilidade de convalidação da ilicitude originária; o encorajamento à ilicitude pelas outras correntes, posto que o resultado da prova, se válido, poderia justificar a condenação; a impossibilidade de fazer-se justiça pelas próprias mãos, na medida em que o Código de Processo Penal já prevê os mecanismos adequados para a obtenção coativa da prova (condução coercitiva de testemunha, busca e apreensão, exibição de documento ou coisa etc.).⁸⁴

Diante da dificuldade do tema, mister mencionar que, na decisão pioneira em que o *Justice* Oliver W. Holmes não admitiu a prova ilícita por derivação, ressaltou ele, no entanto, que a prova assim classificada não se tornaria, por isso, sagrada e inacessível. Raciocínio esse que, segundo João Gualberto Garcez Ramos, permitiu o advento de três posições doutrinárias obtemperando a regra de exclusão⁸⁵:

1. *Doutrina da atenuação (Attenuation Doctrine)*, segundo a qual a ilegalidade da prova principal transmite-se à derivada, sendo essa a essência da “teoria dos frutos da árvore envenenada”; porém, a ilegalidade da prova derivada já está atenuada em relação à anterior, em grau tal que possa não justificar a exclusão da prova.⁸⁶

⁸³CAPEZ, op. cit., p.32. Em outra edição da mesma obra (2.ed. 1998, p.31), informou que a Suprema Corte, numa rumorosa decisão de aproximadamente 10 (dez) anos atrás, admitiu, por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), prova resultante de confissão extorquida. No mesmo sentido: GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.120.

⁸⁴GRECO FILHO, *Direito processual...*, op. cit., p.47-48.

⁸⁵RAMOS, *Prova penal*, op. cit., p.16 e segs.

⁸⁶Cf. *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266 (1939) e *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 83 S. Ct. 407 (1963).

2. *Doutrina da fonte independente (Independent Source Doctrine)*, pela qual, se for demonstrado que a prova derivada e, portanto, tida por ilícita, foi obtida de uma fonte independente daquela declaradamente ilegal, não será excluída.⁸⁷
3. Doutrina da descoberta inevitável ou doutrina da fonte independente hipotética (*Inevitable Discovery Doctrine* ou *Hypothetical Independent Source Doctrine*), sendo a mais recente orientação adotada pela Suprema Corte Norte-americana. Por ela, se for demonstrado que a prova ilegal seria, mais cedo ou mais tarde, legalmente descoberta e colhida, não se a exclui.⁸⁸

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já decidiu por rejeitar a aplicabilidade da doutrina do *fruits of the poisonous tree*, optando pela prevalência da incomunicabilidade da ilicitude da prova.⁸⁹

Analisando a questão no importante julgamento de um ex-Presidente da República, Alexandre de Moraes lembra que:

...o tribunal rejeitou a tese da contaminação, das demais provas, pela ilicitude apresentada por uma prova diretamente antecedente. No voto vencedor (6 x 5), o Ministro Moreira Alves ressaltou que 'a previsão constitucional não afirma serem nulos os processos em que haja prova por meios ilícitos' (STF – HC 69.912-0/RS – DJU 25/03/1994). Ocorre que o julgamento foi anulado por impedimento de um dos ministros, sendo que, no novo julgamento, pela permanência dos cinco votos vencidos, aplicou-se o parágrafo 3. do artigo 150 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de forma que o paciente foi beneficiado pelo empate, considerando que as demais provas, decorrentes da

⁸⁷Cf. *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 40 S. Ct. 182 (1920) e *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266 (1939).

⁸⁸Cf. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 104 S. Ct. 2501 (1984).

No Brasil, Eugênio Pacelli de Oliveira trata dessa solução específica, embora não a admitindo expressamente, porém a acenando como possível, quando diz: "É que pode ocorrer que a prova posteriormente obtida já estivesse, desde o início, ao alcance das diligências mais freqüentemente realizadas pelos agentes da persecução penal. Pode ocorrer, de fato, que seja possível concluir que o conhecimento da existência de tais provas se daria sem o auxílio da informação ilicitamente obtida. Com isso, nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência a inadmissibilidade de todas aquelas outras a ela subseqüentes. Será preciso, no exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliar a eventual derivação da ilicitude. Com efeito, interpretada em termos absolutos, alguns delitos jamais poderiam ser apurados, se a informação inicial de sua existência resultasse de uma prova obtida ilicitamente (exemplo: escuta telefônica). Pode-se objetar: esse é um problema do Estado, que foi o responsável pela violação de direitos na busca de provas. Ocorre, todavia, que a prevalecer esse entendimento, [...] será muito mais fácil ao agente do crime se furtar à ação da persecução penal." (OLIVEIRA, op. cit., p.305).

⁸⁹MORAES, op. cit., p.127. Especificando: STF – Ação Penal 307-3-DF – Plenário – Relator Ministro Ilmar Galvão – DJU 13/10/1995.

interceptação telefônica obtida ilicitamente, foram contaminadas pela ilicitude dessa e, conseqüentemente, não servindo para embasar a condenação do réu.⁹⁰

Ressaltou que “não houve mudança na orientação majoritária da Corte até a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, que era adepto da incomunicabilidade da ilicitude às demais provas; em novos julgamentos, já com a participação do Ministro Maurício Corrêa, inverteu-se a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, adotando-se a doutrina do fruto da árvore envenenada”.⁹¹

Apesar disso, o Ministro Ilmar Galvão, em decisão posterior, lembrou e adotou o abrandamento da teoria realizado pela Suprema Corte Norte-americana:

⁹⁰MORAES, op. cit., p.127 e segs.

⁹¹MORAES, op. cit., p.128-129: “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz – prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5.º, XII, da CF (*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*) –, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina do ‘*frutos da árvore envenenada*’, concedeu *habeas corpus* impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente ao qual se chegara exclusivamente em razão de escuta –, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria ‘contaminado’ pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiram o *habeas corpus*, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso, a escuta – deveria ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912-RS (DJ de 26-11-93), HC 73.351-SP (Pleno, 9-5-96; v. Informativo n.30)”. STF – HC 72.588-PB – Relator Ministro Maurício Corrêa – 12-6-96 – INFORMATIVO STF – Brasília, 10 a 14 de junho de 1996 – n.35”.

“*Habeas corpus*. Acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. Art. 5.º, XII, da Constituição Federal. *Fruits of the poisonous tree*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5.º, inciso XII, da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que ‘a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta’”. (STF – HC 73.351-SP – Relator Ministro Ilmar Galvão – 9-5-96 – INFORMATIVO STF n.30. *In autor e obra citados*, p.129).

Carta anônima, sequer referida na denúncia e que, quando muito, propiciou investigações por parte do organismo policial, não se pode reputar de ilícita. É certo que, isoladamente, não terá qualquer valor, mas também não se pode tê-la como prejudicial a todas as outras validamente obtidas. O princípio do 'fruto da árvore envenenada' foi devidamente abrandado na Suprema Corte.⁹²

Evidentemente, as demais provas, lícitas, autônomas e, portanto, não decorrentes da prova inadmissível, permaneceriam válidas.

Nesse sentido:⁹³

'Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita' (STF – Segunda Turma – HC 75.892-6/RJ – Relator Ministro Marco Aurélio – DJ – Seção I – 17/04/1998).

'A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei n. 9.296/96) não basta a invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita. Precedente citado: RHC n. 72.463/SP (DJU 29/09/1995)' (STF – Segunda Turma – HC 76.231/RJ – Relator Ministro Nelson Jobim – Decisão 16/06/1998 – *Informativo STF* – n. 115 – junho de 1998).

Criou-se, então, a teoria da prova absolutamente independente, abreviada por Paulo Rangel como "PAI"⁹⁴. Entendeu-se que, caso as provas ilícitas por derivação não tivessem sido o único fundamento da decisão condenatória, mas essa se tivesse baseado em outras provas, independentes e lícitas, aquelas não seriam contaminadas.⁹⁵

Vem sendo admitida, assim, na jurisprudência pátria, a aplicação da teoria da proporcionalidade para o fim de desconsiderar o caráter absoluto da proibição da prova derivada da ilícita frente a outros direitos e garantias fundamentais, posto que

⁹²BARROSO, *Constituição...*, op. cit., p.135. Especificando: STF – HC 74.599-7 – Relator Ministro Ilmar Galvão. Citado pelo Ministro Anselmo Santiago no julgamento do RHC 7.363-RJ, publicado na RSTJ 112/292.

⁹³MORAES, op. cit., p.129.

⁹⁴RANGEL, op. cit., p.429.

⁹⁵STF – HC 73.101/SP – Segunda Turma – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgado em 26/03/1996.

não expressamente vedada pela Constituição Federal, embora tal posicionamento seja bastante polêmico por não se ter contornos previamente definidos dos limites admissíveis, fator que expõe a risco a segurança jurídica advinda da regra constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

Não obstante tenha sido apresentada ao mundo pela Suprema Corte Norte-americana, o tema das provas ilícitas por derivação há muito vinha preocupando os estudiosos e aplicadores do direito, mormente nos países de orientação democrática.

Certamente, porque se encontra relacionado à humanização do processo penal na tentativa de superação do Estado absoluto e ilimitado, uma vez que a história da civilização retrata a luta do homem pelo poder e contra o excesso desse poder. Já no Século XVIII, Montesquieu profetizava que o poder absoluto corrompia absolutamente⁹⁶, enquanto Aristóteles, o príncipe eterno dos verdadeiros filósofos – como lho chamava Augusto Comte – ensinava que “o princípio fundamental do governo democrático era a liberdade; a liberdade, dizia-se, era o objeto de toda democracia”.⁹⁷

O constitucionalismo brasileiro seguiu a orientação de prevalência do sistema de garantias individuais, pois, desde a Constituição Imperial de 1824, tradicionalmente incluiu a matéria após os títulos dedicados à organização do Estado e dos Poderes; no entanto, o Constituinte de 1988 inovou e progrediu ao inserir, no título II da Constituição Federal, os princípios fundamentais e, dentre eles, a garantia ao devido processo legal, da qual decorre a regra da proibição das provas ilícitas.

Carlos Normando Hall, por exemplo, eleva a licitude como princípio específico da prova penal, salientando que “ele ataca e resiste a todo intento e proceder ilícito

⁹⁶MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.d.]. (Coleção Clássicos de Bolso - Grupo Ediouro).

⁹⁷ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.d.]. p.279. A respeito, Roberto Lyra Filho, parafraseando Marx, ensina que “ninguém combate a liberdade; no máximo, combate a liberdade dos outros com o poder do Estado e as leis dele oriundas, inclusive” Filho (LYRA FILHO, Roberto. **Pesquisa em QUE Direito?** Brasília; Edições Nair Ltda., 1984, p. 34).

de obtenção de provas e, no caso de vulneração constitucional, conclui inexoravelmente com a nulidade absoluta e a exclusão probatória do meio e dos que dele dependam”.⁹⁸

A manifestação, por si mesma, traduz o maior fundamento que leva a doutrina e a jurisprudência a não admitirem as provas ilícitas por derivação, porquanto, alguns dizem, cairia por terra a garantia de impedir “todo intento e proceder ilícito”, na medida em que poderia a investigação não ser beneficiada com a prova ilícita propriamente dita, porém, sê-lo com todas as demais dela decorrentes.

Dentro desse contexto, o estudo da ilicitude da prova acarreta a necessária digressão pelo mundo dos princípios e regras constitucionais, que pretendemos abordar no decorrer deste trabalho.

No Brasil, como afirmamos alhures, os tribunais superiores minimizaram os efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, entendendo que quando a condenação não tiver se embasado unicamente na prova ilícita por derivação as provas independentes e lícitas que a motivaram não serão contaminadas.⁹⁹

Não obstante, a posição atual do Supremo Tribunal Federal é pelo acolhimento da doutrina dos frutos da árvore envenenada, considerando-se ilícita a prova decorrente daquela obtida por meio ilícito.¹⁰⁰

Paulo Rangel, por exemplo, discordando da posição ora adotada pelo Supremo Tribunal Federal, salientou, com apoio na obra de Hélio Bastos Tornaghi, que “a Constituição Federal não tratou da prova derivada, mas tão-somente da obtida por meio ilícito, a qual é inadmissível e deve ser desentranhada do processo, se produzida”. Explica que, “onde a lei (Constituição) não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”. Cita o exemplo de uma “interceptação telefônica ilícita, dizendo

⁹⁸HALL, op. cit., p.36.

⁹⁹Cf.: STF, HC 73101/SP, 74807/MT e 75892, Segunda Turma; e STJ, RHC 7363/RJ, Sexta Turma, 07.05.1998.

¹⁰⁰RANGEL, op. cit., p.429.

que a *opinio delicti* não poderá embasar-se na conversação dos envolvidos, mas o Estado não poderá fechar os olhos para a situação fática encontrada por meio da regular busca e apreensão”.¹⁰¹

Apesar de ser a posição hodierna do Supremo Tribunal Federal, recebe crítica por parte de Antonio Scarance Fernandes¹⁰², para quem, o entendimento mostra-se inadequado por ser extremamente limitativo, não abrangendo a possibilidade de pessoas ligadas a organizações criminosas, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, obstar o sucesso da investigação, pois tudo o que viesse a ser obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada.

O tema da proibição da prova ilícita tem muito preocupado doutrinadores e aplicadores do direito no Brasil, tanto que, nos anteprojetos de reforma da lei processual penal, não deixou de ser previsto para futura previsão no Código respectivo.

Com efeito, visando à uniformização dos posicionamentos a respeito do tema “provas ilícitas” e “ilícitas por derivação”, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, presidido pela Professora Ada Pelegrini Grinover, apresentou anteprojeto de lei, com a seguinte motivação:

A Constituição de 1988, no inciso LVI do art. 5.º, veio consolidar a posição internacional no sentido da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos. A doutrina entende por prova ilícita a colhida infringindo normas ou princípios colocados pela Constituição, para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5.º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5.º, XII, da CF), as conseguidas mediante torturas ou maus tratos (art. 5.º, III, CF), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5.º, X, da CF), etc. É oportuno que a lei processual fixe as balizas da regra constitucional de exclusão das provas ilícitas, em qualquer hipótese, conceituando-as e tomando posição quanto a sua admissibilidade e proibição de utilização, mesmo quando se trate da denominada prova ilícita por derivação, ou seja, da prova não ilícita por si mesma, mas conseguida por intermédio de informações obtidas por provas ilicitamente colhidas.

¹⁰¹RANGEL, op. cit., p.429.

¹⁰²FERNANDES, op. cit., p.95.

Ressalta a necessidade de, no caso das provas ilícitas por derivação, haver conexão entre os fatos probatórios ou a comprovação de que a prova, decorrente da ilícita, seria obtida inevitavelmente, independente daquela.¹⁰³

No artigo 157, o Anteprojeto assim dispunha:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.

§ 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2.º Após o trânsito em julgado da decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3.º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir sentença”.

Dentro desse contexto, a discussão que antecede a alteração da legislação processual penal, com a aprovação de semelhante anteprojeto de lei, é se haverá mudança substancial no entendimento firmado sob a luz do princípio da proporcionalidade, firmando, assim, a regra infraconstitucional da exclusão.

No que tange especificamente ao princípio da proporcionalidade, do qual mais adiante se falará, é importante salientar que autores há que o consideram princípio geral de interpretação das normas constitucionais e legais¹⁰⁴, que permeia entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, constituindo-se método adequado para solução de possíveis colisões que surgirem entre os últimos. Com base nesse entendimento que alguns admitem a aplicação da teoria da proporcionalidade para o fim de aproveitamento das provas derivadas das ilícitas.

Contudo, considerando toda a argumentação acima exposta e a preocupação demonstrada pelos doutrinadores com a utilização da prova ilícita no processo penal,

¹⁰³GRINOVER, Ada Pellegrine. A reforma do processo penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Pretor Paulo Cláudio Torvo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.7.

¹⁰⁴Nesse sentido: BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p.28.

temos que a tentativa de sua inclusão no Código, embora não altere a disposição constitucional da matéria, posto que condicionadora de sua validade, servirá de parâmetro legal para coibir sua aplicação em prejuízo do direito de liberdade do indiciado ou acusado em processo penal, assim também para evitar abusos ainda que em nome do direito de liberdade, com intuito de provocar nulidade insanável da instrução probatória.

Pugna-se pela efetivação das garantias processuais do indivíduo, livrando-o de arbítrio e iniquidades oficializadas em nome de uma abstrata noção de “segurança pública”, que pode dar margem à persecução penal indiscriminada não só aos infratores como aos inocentes, todos, indistintamente, destinatários da garantia do devido processo penal.¹⁰⁵

Parafraseando Eduardo Galeano: “ainda que não possamos adivinhar o tempo que será, tenhamos ao menos o direito de imaginar o que queremos que seja”.¹⁰⁶

1.4.4 O Encontro Fortuito de Provas

Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁰⁷ aborda a “teoria do encontro fortuito ou casual de provas” como uma das hipóteses de ilicitude da prova, aplicável no caso de “a prova de um crime ter sido obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime”.

¹⁰⁵BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Prefácio de Evaristo de Moraes. 3.ed. Franz: Atena, [s.d.]. v.22. (Biblioteca Clássica). p.201. “Se o soberano dá muito aparato, pompa e autoridade à magistratura; se ao mesmo tempo fecha todo acesso aos lamentos justos ou mal fundados do fraco, que se julga oprimido; se acostuma os súditos a temer os magistrados mais do que as leis, aumentará sem dúvida o poder dos juízes, mas somente à custa da segurança pública e particular”.

¹⁰⁶GALEANO, Eduardo. **Patatas Arriba: La Escuela de Mundo al Revés**. Buenos Aires: Catálogos, 1998. p.342.

¹⁰⁷OLIVEIRA, op. cit., p.309.

Segundo o autor, a teoria visa assegurar a inviolabilidade dos direitos fundamentais em face do abuso de autoridade, funcionando no controle ou pedagogia da atividade policial persecutória.

Cita o exemplo da entrada em domicílio alheio, devidamente autorizada por ordem judicial, para o fim de buscar a apreender animais silvestres: nesse caso, é possível que os agentes de investigação passem a revistar gavetas e armários no interior da residência, com o intuito de encontrar quaisquer provas da prática de outro ilícito penal. Aplicando-se a teoria do encontro fortuito, se forem encontradas provas, nessas circunstâncias, haverão de ser tidas por ilícitas porquanto houve excesso aos limites do mandado judicial e, para aquele fim específico, a diligência não estaria autorizada e a entrada em domicílio alheio violou a privacidade de seu morador.

Ressalva o caso da interceptação telefônica, para a qual a interpretação deve ser diversa na medida em que, em estando autorizadas as conversas mais íntimas e pessoais dos investigados, com muito mais razão a estaria a conversação que constituísse prova de outras infrações penais; ademais, justifica tal entendimento sob o manto da Lei n.º 9.296/96, que impõe limites rigorosos a esse meio específico de obtenção de prova, o que, por si só, afastaria o risco de influência decisiva de suposto interesse na investigação de outros fatos criminosos em relação ao investigado.

Lembra que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 83.515/RS, que teve como relator o Ministro Nelson Jobim, afastou a ilicitude e permitiu o aproveitamento da prova obtida por meio de interceptação telefônica, autorizada para investigação de outro crime, com fundamento na identidade e conexão entre os fatos delitivos noticiados.

Contudo, discorda do fundamento utilizado naquele voto, dizendo que uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e intimidade dos moradores da residência, não haveria mais razão para a recusa de provas de outros delitos obtidas por meio daquela diligência. Argumenta que o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada é tema referente à aplicação da lei, não mais relativo à

justificação da medida, que já ocorreu para a quebra do sigilo, com fundamento inclusive na gravidade do crime então investigado.¹⁰⁸

Vicente Greco Filho, citado por Antonio Scarance Fernandes¹⁰⁹, “não admite a utilização de interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência; porém, a admite em relação a infrações conexas ou em concurso”.

Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini, citados por Antonio Scarance Fernandes¹¹⁰, admitem o encontro fortuito de provas referentes a crime diverso quando este é conexo com o crime investigado e de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Do contrário, a prova seria nula, porém, poderia valer como fonte de prova e, a partir dela, desenvolver-se-ia nova investigação. Valeria, portanto, como uma *notitia criminis*, a ser investigada de forma independente das provas conhecidas por meio do encontro fortuito.

Assim, embora considerada uma das vertentes do tema central da prova ilícita, inevitável que quaisquer dos elementos de informação obtidos, ainda que ilicitamente, poderiam servir como início de investigação com o objetivo de produção de instrução criminal válida e eficaz, haja vista que a *notitia criminis* poderá ocorrer mesmo informalmente, sobre ela não havendo controle rígido por parte do Estado.

No entanto, trata-se de matéria em construção, não pacificada, com a qual devem se ocupar os aplicadores do direito processual penal, principalmente, em face da facilidade da ocorrência de abusos em cumprimentos de mandados judiciais para fins de investigação criminal.

¹⁰⁸OLIVEIRA, op. cit., p.309.

¹⁰⁹FERNANDES, op. cit., p.109.

¹¹⁰FERNANDES, op. cit., p.108-109.

CAPÍTULO 2

TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO PROCESSO PENAL

Basicamente, o direito penal foi cunhado e desenvolveu-se como instrumento de defesa da sociedade, pela razão elementar de que o homem não poderia viver só e, em contato com seus semelhantes, tornar-se-ia inevitável o surgimento de conflitos de interesses em função de estes serem inesgotáveis em relação aos limitados bens existentes.¹¹¹

Eugenio Raúl Zaffaroni afirma o critério pelo qual a função do direito penal é a segurança jurídica, ou seja, o asseguramento da existência.¹¹²

Na concepção de Günther Jakobs¹¹³, adepto da teoria da prevenção geral positiva,

...o Direito Penal obtém sua legitimação material de sua necessidade de garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contato social.

¹¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal**. Tradução de Júlia Jimenes Amador. V. II, Campinas (SP): Peritas Editora e Distribuidora Ltda., 2001; JESUS, D. E. **Código de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2002; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed., Campinas (SP): Millennium, 2000; MIREILLE, Delmas-Marty. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri (SP): Manole, 2004; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1996, dentre outros.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.94-95.

¹¹³ RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Barueri (SP): Manole, 2003. p.1.

Para o autor, a pena é entendida como resposta ao quebrantamento da norma¹¹⁴, esta, evidentemente, necessária para viabilização da vida pacífica em sociedade.

Entre nós, René Ariel Dotti¹¹⁵ ensina que “a missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Incumbe-lhe, através de um conjunto de normas [...], definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e outros bens declarados e protegidos pela Constituição e demais leis”.¹¹⁶

Sem embargo das teorias deslegitimantes do sistema penal¹¹⁷, é inegável a necessidade desse ramo do Direito.

Rogério Lauria Tucci¹¹⁸, falando da correlação entre Direito Penal e Processo Penal, ensina que o escopo das normas estatuídas pelo primeiro é a consecução do bem comum e a pacificação social, assecuratória da segurança pública; enquanto que o segundo visa, de um lado, a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade, e, de outro, a garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes, pelo homem, em detrimento de sua estrutura.

Conclui: “conseqüentemente, tem-se a *inevitabilidad*e e, com ela, a *necesidade do processo penal*, quando ocorrente a prática de ato tido como típico, antijurídico e culpável: para atingir o efeito jurídico da punição do indigitado autor da

¹¹⁴JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Sobre la Gênesis de la Obligación Jurídica**. Teoría y Práxis de la Injerencia. El Caso del Dominio del Hecho. Dogmática y Política Criminal em uma Teoria Funcional del Delito. Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Rubinzal: Culzoni, 2000. p.141.

¹¹⁵DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.3.

¹¹⁶ No mesmo sentido: LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed., Rio de Janeiro: 2003, p. 22-23.

¹¹⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

¹¹⁸TUCCI, op. cit., p.34.

infração penal, torna-se inafastável a incoação da *persecutio criminis* e seu ulterior e regular desenvolvimento”.

José Renato Nalini¹¹⁹ reafirma a atualidade do sistema penal num momento em que a sociedade preocupa-se prioritariamente com o aumento da violência, a insegurança, a busca da paz e da tranquilidade. Lembra que, nesse contexto social, “a proteção do delinqüente, a tutela de seus direitos humanos mediante a minimização do Direito Penal, não vem se mostrando satisfatória”.

Assim, por mais indesejável que seja o Direito Penal, nas mais diversas modalidades de sistemas de sua aplicação, o fato é que até agora nenhum crítico apresentou solução pragmática razoável de um modo de vida possível sem ele. É, sem dúvida, pois, um mal necessário.

Nesse sentido, Claus Roxin, um dos mais respeitados penalistas contemporâneos, à pergunta se o Direito Penal teria futuro, respondeu “...aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de admitir que a justiça criminal é um mal talvez necessário, e, por isso, se deva promover, mas que continua sendo um mal”.¹²⁰

Assim, parafraseando Rogério Lauria Tucci¹²¹, “compreensível é, por isso, que todas as Constituições, como o observa Lucchini, ao regular a vida jurídica das nações livres, tragam, ‘disposições destinadas a fixar os fundamentos das garantias processuais’”.

¹¹⁹NALINI, José Renato. Perspectivas e desafios do direito penal no século XXI. In: SARTORI, Ivan Ricardo Garisio (Coord.). **Estudos de direito penal: aspectos práticos e polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.373 e 375.

¹²⁰NALINI, Perspectivas..., op. cit., p.407. Oportuna, nesse contexto, a sátira de João Uchoa Cavalcanti Netto, profetizando que “se o mal acabasse, Lúcifer perderia sentido, porém Deus também. Logo, os delitos permanecem... A infração e a lei se equilibram exatamente na luta que alimentam pela cumplicidade” (CAVALCANTI NETTO, João Uchoa. **El Derecho, um mito**. 6.ed. no Brasil e 1.ed. em espanhol. Buenos Aires: Quorum, 2005. p.61-62).

¹²¹TUCCI, op. cit., p.18.

Com efeito, tomemos o exemplo do ordenamento jurídico nacional: uma das características relevantes do Código de Processo Penal, apontada por Eugênio Pacelli de Oliveira¹²², é que, “na balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual prevalece a preocupação quase que exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma conseqüente exacerbação dos poderes dos agentes policiais”.

Sem contar que o processo penal, por si mesmo, constitui uma tormenta na vida do homem, conforme aduzia Santo Agostinho, “a tortura, nas formas mais cruéis, está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma tortura; [...] o indivíduo, logo que é suspeito de um delito, é jogado às feras, é feito aos pedaços, e o indivíduo, que é o único valor da civilização que deveria ser protegido”.¹²³

No entanto, a Constituição Federal de 1988 caminhou em direção oposta, prevendo direitos e garantias individuais contra a ingerência punitivo-arbitrária do Estado e, por outro lado, estabelecendo limites à própria atuação da Justiça Criminal frente aos direitos fundamentais do investigado ou acusado no processo penal.¹²⁴

Outrossim, tratou de temas penais quando da instituição dos princípios fundamentais da República e dos cidadãos como na parte em que definiu a estrutura do Estado com as respectivas competências de seus Entes.¹²⁵

¹²²OLIVEIRA, op. cit., 2005.

¹²³ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinale. 7.ed., Campinas (SP): Bookseller, 2005, p. 47-48.

¹²⁴Visando harmonizar tais garantias com a necessidade de segurança e punição eficaz, o artigo 5.º da Constituição Federal, ao lado dos direitos dos investigados e acusados no processo penal, estabelece uma espécie de extensão da punição, abrindo a possibilidade de tratamento mais rigoroso a diversos crimes, como os hediondos e equiparados, além de vedações à fiança e à prescrição naqueles crimes que considera mais graves e mais destabilizadores da paz social.

¹²⁵COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cf., ainda, art. 1.º, inc. III (quando estabelece como fundamento do Estado Democrático do Direito a dignidade da pessoa humana); art. 3.º, inc. IV (vedação a qualquer tipo de discriminação); art. 4.º, inc.VI (defesa da paz), inc. VIII (repúdio ao terrorismo e ao racismo), inc. X

Dentro desse contexto, inevitável que a ampla normatividade constitucional dos direitos e garantias fundamentais, dentre as quais estão inseridos os regramentos¹²⁶ constitucionais inerentes ao processo penal, geram conflitos no julgamento de casos concretos em que tais interesses opostos se contrapõem, os quais deixam de ser representados pela simples conotação “segurança pública x liberdade individual”, para adquirirem a fórmula “direitos fundamentais de dimensão coletiva x direitos fundamentais de dimensão individual”.¹²⁷

Mormente, porque o preâmbulo da Constituição já indica preocupação com valores sociais, como segurança, igualdade, justiça etc., ao lado dos chamados direitos individuais propriamente ditos.¹²⁸

Inegável que o qualificativo de constituição-cidadã decorre do fato de a Constituição pertencer à espécie das chamadas *descontinuidades constitucionais*; o que quer dizer que rompeu com tradições que lhe eram absolutamente incômodas e ganhou uma forçosa participação popular com ganhos impensáveis no âmbito social.¹²⁹

(concessão de asilo político); art. 5.º (proteção à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade; proibição de tortura e tratamento degradante; princípios e garantias processuais penais); art. 22, inc. I (regra de competência da União), dentre outros princípios e garantias fundamentais com conexão com o direito penal.

¹²⁶Termo utilizado por Rogério Lauria Tucci (op. cit.) quando diz, “regramentos, sim; e não princípios: princípio (no singular) – ‘aquilo de que algo procede, de algum modo; ou é, ou se faz, ou se conhece’, - é a mais geral das regras de um sistema, que ‘informa, é-lhe substancial, essencial’; e à qual todas, ou quase todas, as outras se sujeitam (cf., a respeito, nosso e de outros, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.6, 8 e 12-18)”.

¹²⁷OLIVEIRA, op. cit., p.24.

¹²⁸Preleciona: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹²⁹VALLE FILHO, op cit., p.288.

Oswaldo Trigueiro Valle Filho¹³⁰, porém, ao referir-se ao sistema português sobre o testemunho do ouvir dizer, criticou a modificação, camuflada ou exposta, da postura do processo penal ambiente, a pretexto de uma condição de segurança social, sob argumento de que o Estado que hoje se posta como todo protetor já foi o ator principal de um estilo de política protetiva marginal que considerava outros espaços como mercado de consumo paralelo sem possibilidades de ativar atividades inescrupulosas, considerando o modelo de democracia estabilizada. Quanto a este argumento, fez referência expressa à política armamentista dos Estados Unidos da América, que experimenta, hoje, do próprio artefato.

Vê-se, pois, que o tema envolvendo o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, em face dos direitos e garantias fundamentais de investigados e acusados em processo penal, é polêmico, havendo manifestações favoráveis e contrárias à aplicação, por exemplo, do princípio da proporcionalidade como forma de abrandamento do princípio da inadmissibilidade da prova processual penal ilícita e até mesmo da legítima defesa com o mesmo fim.

É compreensível a repugnância, demonstrada por alguns, à mera possibilidade de admissão de prova ilícita no processo penal quando a primeira lembrança que se vem à mente é a utilização de tortura e castigos físicos para obtenção de confissão e provas afins, barbárie essa combatida veementemente desde o movimento filosófico-humanitário da segunda metade do século XVIII¹³¹, tanto que, entre nós, transformou-se em crime autônomo¹³². Por isso, fere a consciência jurídica qualquer

¹³⁰VALLE FILHO, op. cit., p.160.

¹³¹A obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, foi considerado o propulsor do humanitarismo nos juízos criminais de então (p. 9-10 e 63-72).

¹³²Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997: "Art. 1. Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave

tentativa de utilização, no processo, de prova obtida por esse meio ilícito, tendo em vista a relevância do direito individual dantes violado.

César Dario Mariano da Silva¹³³ inclui, dentre os direitos individuais fundamentais que podem aparentar colisão com o princípio da ilicitude da prova, as diversas espécies de sigilo (profissional, da fonte, bancário, fiscal, de correspondência, judicial, de dados e telefônico¹³⁴), direito ao silêncio, à voz e à imagem.

Vê-se, nitidamente, que há uma tendência entre estabelecer o conflito entre o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita e o direito à privacidade. Como assinalado no início deste trabalho, a previsão constitucional dos princípios-garantia é corolário da institucionalização do conflito entre a necessidade de proteção dos cidadãos contra as investidas do Estado, especialmente no que diz respeito aos poderes punitivo e executório deste, difundido principalmente no Século XVIII. Após as Declarações do Estado de Virgínia¹³⁵ e Americana, veio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual apresentava as particularidade de universalidade e de cunho teórico ou racional¹³⁶. Do movimento liberal e individualista do Século XVIII, cunhou-se as chamadas liberdades públicas do

ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoa ou medida de caráter preventivo”.

¹³³SILVA, C. D. M. da, **Provas ilícitas**, op. cit., p.75-109.

¹³⁴Quanto à escuta clandestina, vale lembrar que o eminente Professor Vicente Greco Filho entende que não se insere na proibição atinente à interceptação telefônica, aduzindo que se encontram fora do âmbito de proteção do inciso XII do artigo 5.º da Constituição Federal e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal). (GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.5).

¹³⁵ Em seu artigo 1.º, esta Declaração proclamava o direito natural dos homens à liberdade e à independência, além dos direitos inatos ao gozo da vida e da liberdade com os meios de aquisição e posse de propriedade e de busca e obtenção de felicidade e segurança, jamais privados ou despojados por qualquer acordo advindo da vida em sociedade.

¹³⁶BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.153.

homem frente ao Estado, como direitos negativos, que impunham ao Estado o dever de abster-se frente aos direitos e garantias dos indivíduos.

Porém, com a evolução do direito e, mesmo da sociedade, as liberdades públicas adquiriram uma configuração mais complexa do que em sua gênese. Não desapareceram, porém, ganharam caráter relativo, da imperiosidade de compatibilizar o direito de um cidadão com os direitos de outros e com os demais princípios e garantias constitucionais que, não raras vezes, apresentam-se concretamente em conflito. Porém, parafraseando Celso Ribeiro Bastos, “não se de concluir, todavia, que haja sempre um irremediável e incontornável conflito entre as liberdades clássicas e os direitos sociais modernos”, como se demonstrará no decorrer desse trabalho.

A Constituição Federal, no artigo 5.º, inciso X, prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O tema alcança importância fundamental nesses dias em que a evolução tecnológica nos expõe, diariamente, a invasões externas, seja por meio de gravações clandestinas, magnetofônicas, aparatos a *laser*, aparelhos de fotografia em miniatura¹³⁷ etc., isso para ficarmos restritos aos casos mais ocorrentes e que têm abarrotado nossos Tribunais.

Nos Estados Unidos da América, em 1873, o Juiz Cooley identificou a privacidade como “o direito de estar só”: *right to be alone*. Após, a Suprema Corte delimitou o âmbito do *right of privacy*, de forma a compreender “o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada”. Aliás, lembra Carlos Alberto BITTAR que, no âmbito penal, o mesmo título “O direito de estar só” leva a obra de Paulo José da Costa Jr., destaque do tema no Brasil¹³⁸.

O Brasil, embora ofereça proteção à intimidade, vida privada e imagem das pessoas, não delimita o campo de atuação desses direitos, como, por exemplo, o faz

¹³⁷BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p.159.

¹³⁸(5) BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p.36.

o Código Civil português¹³⁹, razão por que devemos recorrer à doutrina acerca do tema.

Entre nossos doutrinadores, Carlos Alberto Bittar¹⁴⁰, auto-incluído dentre os naturalistas, reconhece os direitos à vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas como direitos de personalidade, ou seja, como faculdades exercitadas normalmente pelo homem, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo e dotá-los de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões dos particulares.

Assim que, não obstante assumo posição flexível quanto à conceituação do tema, distribui os direitos de personalidade entre direitos físicos, referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a *imagem*, ou efígie); direitos psíquicos, relativos a elementos intrínsecos da personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a *intimidade*; o *sigilo*, etc.) e direitos morais, respeitantes a atributos valorativos ou virtudes da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade, a *honra*; as manifestações do intelecto)".¹⁴¹

¹³⁹ Art. 79: [...]

1 - O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n. 2 do art. 71 segundo a ordem nele indicada.

2 - Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça ou culturais ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou na de fatos de interesse público ou que hajam ocorrido publicamente.

3 - O retrato não pode porém ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio se do fato resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada".

¹⁴⁰BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p.6-10. Para os naturalistas, os direitos de personalidade constituem direitos inatos e não restritos ao reconhecimento expresso que lhe confere o ordenamento jurídico, ao contrário do que pensam os positivistas.

¹⁴¹ (8) BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p.17.

No entanto, reconhece que apenas quando positivados na Constituição é que se constituem “liberdades públicas”, embora mantenham sua fonte no direito natural.¹⁴²

No que tange à intimidade propriamente dita, diz que são seus elementos a vida privada, o lar – a família – e a correspondência. Dentre os bens sob a proteção do manto da inviolabilidade da intimidade, estão: confidências, informes de ordem pessoal (dados pessoais), recordações pessoais, memórias, diários, relações familiares, lembranças de família, sepultura, vida amorosa ou conjugal, saúde (física e mental), afeições, entretenimentos domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno circuito de amizade) e, portanto, afastados da curiosidade pública.¹⁴³

Em posicionamento não muito distante, José Afonso da Silva¹⁴⁴ utiliza o termo “privacidade” ao invés de intimidade, preferindo-o porquanto a Constituição a previu como um direito diverso da vida privada, honra e imagem das pessoas, enquanto a doutrina considerava estes direitos manifestações daquela. O autor conceitua a privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder se legalmente sujeito”. Continua sua dissertação, afirmando que “a esfera de inviolabilidade, assim, é ampla”; e, citando Moacyr de Oliveira, diz que “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”.

No mesmo sentido, porém, em outras palavras, Celso Ribeiro Bastos¹⁴⁵ cunha o direito à reserva da intimidade e da vida privada como “a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada

¹⁴²BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p.24-25.

¹⁴³BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p.103-104.

¹⁴⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.209.

¹⁴⁵BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p.181.

um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”. Diz que o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e o das cartas confidenciais e demais papéis pessoais são desdobramentos do direito constitucional à intimidade, honra e vida privada.¹⁴⁶

Lembra que, com o advento da Lei n.º 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas), o legislador quis, nitidamente, proteger o direito à intimidade do indiciado e do acusado, uma vez que a norma exige segredo de justiça em caso de autorização judicial de quebra do sigilo, sob pena de o infrator incorrer em crime.¹⁴⁷

Imprescindível, portanto, discorrermos sobre a posição dogmático-constitucional em que se encontra a proibição da admissibilidade de prova ilícita, que fornecerá subsídios para as propostas de soluções de conflitos apresentadas.

2.2 MONOPÓLIO ESTATAL SOBRE A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Ultrapassado o momento histórico em que se permitia a autotutela ampla na solução dos conflitos, dispondo o particular de poderes para, mediante utilização da força, dirimir os litígios decorrentes da convivência em sociedade, o Estado tomou para si a administração da justiça, com o dever de restabelecer a paz social afetada e a recompor a ordem jurídica.¹⁴⁸

Sem esse controle estatal não seria concebível a convivência social, pois, no dizer de Fernando Capez¹⁴⁹, “cada um dos integrantes da coletividade faria o que bem quisesse, invadindo e violando a esfera de liberdade do outro. Seria o caos”.

¹⁴⁶*Apud*, p.181-182.

¹⁴⁷*Op. cit.*, p.47. De fato, os artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 9.296/96 determina que os autos da diligências sejam apensados aos principais e mantidos sob segredo de justiça, apenas a eles tendo acesso as partes e o juiz, destruindo-se toda gravação que não interessar à prova.

¹⁴⁸PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Nulidades no processo do júri**. Bauru (SP): Edipro, 1999. p.11-12.

¹⁴⁹CAPEZ, *op. cit.*, p.4.

Assim, o Estado-Juiz substituiu-se aos particulares na administração da justiça, exercendo a atividade estatal denominada jurisdição, mediante a qual passou a aplicar, imparcialmente, o direito ao caso concreto, a fim de fornecer uma pacífica solução ao litígio, reafirmando a autoridade da ordem jurídica e a verticalidade da relação Estado-Particular.¹⁵⁰

Dessa forma, o *jus puniendi*, como poder-dever exclusivo do Estado nas sociedades civilizadas, exclui a vingança de mão própria.¹⁵¹ “O monopólio estatal do sancionamento penal não se vê excepcionado sequer nos casos de atuação em legítima defesa e de crimes para cuja repressão se permita a iniciativa privada da ação penal, mediante substituição processual”.¹⁵²

Em nosso ordenamento jurídico, o direito subjetivo à jurisdição vem consubstanciado no inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição Federal, com a garantia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹⁵³

Dentro desse contexto, Antonio Scarance Fernandes¹⁵⁴ afirma que “do íntimo relacionamento entre processo e Estado deriva a introdução cada vez maior, nos textos constitucionais, de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional”.

¹⁵⁰CAPEZ, op. cit., p.7.

¹⁵¹ OST, François. **O tempo como pena**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru (SP):Edusc, 2005, p. 166.

¹⁵²TUCCI, op. cit., p.24, citando José Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, v.1, p.4), aduz, ainda, que devem ser consideradas as “sanções contra o exercício arbitrário das próprias razões, adotadas pelos códigos de todas as nações civilizadas”.

¹⁵³SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.419 e 434.

¹⁵⁴FERNANDES, op. cit., p.16

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover¹⁵⁵ realça que as garantias do acusado são, também, garantias do processo e da jurisdição, daí por que as normas processuais devem ser “lidas” à luz dos princípios e das regras constitucionais, e, citando Liebman, salienta que esse é o caminho que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.¹⁵⁶

Em outra obra, Ada Pellegrini Grinover, citada por Antonio Scarance Fernandes¹⁵⁷, fala em Direito Processual Constitucional, como sendo a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo. Abrange a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e a jurisdição constitucional. À tutela constitucional do processo, examinada em sua dúplici configuração – direito de acesso à justiça (direito de ação e de defesa) e direito ao processo (ou garantias do devido processo legal) –, correspondem as normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e garantias; enquanto que a jurisdição constitucional compreende o controle judiciário de constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais (*habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular)”.

Com efeito, Tolomei, citado por Rogério Lauria Tucci¹⁵⁸, enfatiza o equívoco daqueles que entendem que, por expressar regras de conduta para os membros da sociedade, o Direito Penal cria, apenas, direitos subjetivos em favor do Estado –

¹⁵⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.14-15.

¹⁵⁶ SUANES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

¹⁵⁷FERNANDES, op. cit., p.17-18: referindo-se à obra de autoria de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.79-80.

¹⁵⁸TUCCI, op. cit., p.26.

entendido como tal o direito subjetivo de punir –, deixando de contemplar os indivíduos com qualquer interesse juridicamente tutelado. O *jus puniendi* só é conferido ao Estado nos casos e modos expressamente prescritos em normas penais; limitação da qual surge, mediante conversão, o direito subjetivo de liberdade das pessoas integrantes do grupo social.

Por fim, o direito de punir exterioriza-se na *persecutio criminis*, consubstanciada numa atuação de agentes estatais destinada à verificação da existência material da infração penal e da culpabilidade de seu autor, para conseqüente aplicação das normas de Direito Penal material ao caso concreto.

Divide-se, no caso concreto, em duas fases, a saber:

- a) a pré-processual ou de investigação criminal (*informatio delicti*), administrativa na forma e na substância, e judiciária quanto à finalidade, efetuada, em regra, por órgãos da Administração Pública, especialmente a Polícia Judiciária; e
- b) a processual, onde a jurisdição penal é exercida por meio da instrução criminal formalmente acusatória, culminando ou na absolvição do inocente ou na condenação do culpado, com aplicação de pena ou de medida de segurança estabelecida em lei ao infrator perseguido.¹⁵⁹

Importante destacar, nesse tópico, a superação da doutrina processual penal contemporânea do conceito “carneluttiano” de lide¹⁶⁰, posto que se encontram em jogo interesses indisponíveis decorrentes do princípio *nulla poena sine judicio*; o que há é um conflito de interesses de alta relevância social, pressuposto do processo penal. Assim, o conceito de lide não serviria para caracterizar o processo penal: o Ministério Público ou a vítima não têm “pretensão” a determinado bem da

¹⁵⁹TUCCI, op. cit., p.28-30.

¹⁶⁰Na concepção de Francesco Carnelutti, “lide é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”, ou, mais singelamente, “o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (TUCCI, op. cit., p.37).

vida, aos quais não é dado reconhecer o *jus puniendi*; por outro lado, ao réu não é dado o direito de resistir a essa “pretensa” pretensão: o “contraste” admissível entre o acusador e o acusado corresponde ao mero conceito de “controvérsia”, no sentido de “debate”, “discussão” acerca de determinados fatos e respectivas teses jurídicas, não no sentido de “contenda” ou “disputa”.

De fato, o autor da infração penal resolveu seu conflito de interesses fazendo sua utilidade, seu bem, à custa do sacrifício do interesse de outrem. Daí, não surge para o Estado pretensão à pena, mas sim à justiça penal, que tanto pode culminar em condenação ou em absolvição, com a declaração da legitimidade do ato do acusado, se não tiver sido criminoso. O Estado não litiga com o acusado.¹⁶¹

Oportuno mencionar as lições de Giulio Paoli e Arruda Alvim, citados por Rogério Lauria Tucci¹⁶²: o primeiro, aduziu que o conceito de lide não se presta a caracterizar o processo penal, somente podendo ter lugar entre o Ministério público e o imputado, o que seria impossível; e, igualmente, seria inadmissível ocorrer entre o imputado e a vítima; o segundo, por sua vez, afastando a aplicação do conceito “carneluttiano” de lide no processo penal, frisou que “não mais se pode, hodiernamente, pretender ver no processo penal, como constitutivo de sua essência, um conflito entre vítima e o criminoso”.

Em outro momento, o mesmo Autor, citando Fernando Fernandes¹⁶³, asseverou que “a legalidade processual decorre ‘da necessidade da contenção do arbítrio judicial e, portanto, como um instrumento de *garantia* atribuída ao cidadão’; *garantia* essa ‘indispensável para toda a administração da justiça que pretenda

¹⁶¹ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. Princípios fundamentais do processo penal, p.117-118, apud TUCCI (op. cit., p.42).

¹⁶²TUCCI, op. cit., p.39 e 41.

¹⁶³FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001. p.89-90. Apud TUCCI, op. cit., p.291.

actuar com proporcionalidade, com independência frente à posição do processado e, por isso mesmo, que queira ser justa”.

2.3 A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA COMO COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A proibição da prova ilícita é corolário, também, num aspecto mais específico, do princípio-garantia consistente no devido processo legal, que, segundo Oswaldo Trigueiro Valle Filho¹⁶⁴, “é o guião mestre dos demais princípios processuais penais constitucionais e tem como base fundamental a anteposição ao Estado-segurança: na convivência das liberdades, o equilíbrio desejado vem ao sabor de uma preservação mínima de garantias, reunidas no processo justo”.

A garantia do devido processo legal tem como antecedente histórico a Magna Carta, outorgada por João Sem Terra aos barões da Inglaterra, em 1215, como *law of the land*.¹⁶⁵

O princípio do devido processo legal foi cunhado, inicialmente, nas 4.^a e 5.^a Emendas da Constituição Estadunidense, as quais emprestam fundamento às posteriores decisões e doutrina sobre a matéria, que se irradiaram pelo mundo, com forte influência na jurisprudência nacional.

¹⁶⁴VALLE FILHO, op. cit., p.291-292.

¹⁶⁵CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.82. Reproduzem o artigo 39 da Magna Carta: “nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país”.

FERNANDES, op. cit., p.45. Lembra que textos posteriores confirmaram a garantia, como a Constituição de Melfi de Frederico II de Svevia, posto que buscou assegurar igualdade jurídica também entre os súditos.

Os Estados Unidos da América, no dia 15 de dezembro de 1791, aprovaram as 10 (dez) primeiras emendas, conhecidas como *Bill of Rights*, dentre as quais a 4.^a Emenda, estabelecendo que:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra a busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.¹⁶⁶

Por outro, a 5.^a Emenda dispôs o seguinte:

Ninguém será obrigado a responder por crime capital, ou de natureza infamante, senão em virtude de denúncia, ou acusação perante um grande júri, exceto em delitos cometidos pelas forças de terra ou mar, ou pela milícia, quando se achar em serviço ativo em tempo de guerra ou de perigo público; nem pessoa alguma poderá, pelo mesmo crime, sujeitar-se por duas vezes a um processo que lhe ponha em risco a vida ou algum membro do corpo; nem poderá ser obrigada a servir de testemunha, em pleito criminal contra si mesmo, nem poderá ser privada da vida, da liberdade ou da propriedade, sem um devido processo legal, nem a propriedade privada poderá ser tomada para uso público, sem justa compensação.¹⁶⁷

Como lembra Luís Roberto Barroso¹⁶⁸, o preceito, inicialmente, vinculava apenas o Governo Federal estadunidense. Somente em 21 de julho de 1868, com a aprovação da 14.a emenda¹⁶⁹, é que se estendeu sua obrigatoriedade aos Estados-

¹⁶⁶*"The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized"*.

¹⁶⁷*"No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation"*.

¹⁶⁸BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista Forense**, v.336, p.125.

¹⁶⁹Citada por Suzana de Toledo Barros, na íntegra: "Artigo XIV, Secç. 1. - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado promulgará nem executará leis que

membros, com a seguinte disposição: "Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal."

Revela o autor¹⁷⁰ que o princípio passou por duas fases: a do *procedural due process*, na qual se revestiu de caráter estritamente processual, consistente em garantia voltada para a regularidade do processo penal e, depois, para o processo civil e o administrativo. Seu campo de incidência recaía sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa, a advogado e ao acesso à justiça para os carentes de recursos.¹⁷¹ Após, ganhando um cunho substantivo (*substantive due process*), o princípio marcou um impulso de ascensão do Judiciário na arte da defesa dos direitos individuais ante o controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental que, para alguns autores, constituiu, também, o prenúncio da teoria da proporcionalidade.

Assim, embora tenha como precedente histórico a Magna Carta, da Inglaterra, o devido processo legal adquiriu contorno mais expressivo no direito constitucional norte-americano que descortinou as garantias constitucionais processuais impostergáveis para o exercício dos direitos declarados e assegurados pelo sistema jurídico.

restringam os privilégios e as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem nenhum Estado poderá privar pessoa alguma de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal (*due process of law*), nem poderá negar a ninguém, que se achar dentro da sua jurisdição, a proteção, igual para todos, das leis" (op. cit., p.63).

¹⁷⁰BARROSO, Os princípios..., p.125-126.

¹⁷¹Suzana de Toledo Barros leciona que, "na fase processual, os juízes americanos furtavam-se ao exame da justiça das leis, embora não raro o tema se mostrasse polêmico, como na famosa série *Slaughter Houses Cases*, de 1872, na qual houve votos dissidentes no sentido de emprestar à emenda décima quarta um sentido amplo de defesa de direitos. Outros famosos casos demonstram uma tendência da Corte em manter um sentido procedimental à garantia, no período que vai até o fim do século dezenove. Em *Munn v. Illinois* (1876) e *Missouri Pacific Ra. V. Humes*, a Suprema Corte declarou que o remédio contra as más leis devia ser buscado nas urnas e não junto aos juízes e que ela, a Corte, não era um porto onde se poderia buscar refúgio contra todo ato que emanava de uma legislação inoportuna ou opressiva" (op. cit., p.64).

Carmem Lúcia Antunes Rocha¹⁷² qualifica a cláusula do devido processo legal como o pilar mestre da construção jurídica democrática contemporânea, compondo-se e completando-se com outros princípios.

Nesse sentido, dizia San Tiago Dantas, citado por Grinover e, por sua vez, por José Laurindo de Souza Netto¹⁷³ que “enquanto na Inglaterra jamais se concebeu que o princípio pudesse ser invocado contra um ato do Parlamento Supremo depositário da soberania, nos Estados Unidos a fórmula cedo começou a ser limitativa para o próprio Congresso e a constituir um dos *standard* jurídicos com que a Corte Suprema censura a constitucionalidade das leis”.

Certo é que a concepção de devido processo legal, iniciado nos Estados Unidos da América, ganhou lugar nos diversos ordenamentos jurídicos: no direito alemão (*fairen Verfahren*), no direito espanhol (*proceso debido*, *proceso debido según ley*, *juicio justo* ou *proceso justo*), no direito argentino (*debido proceso legal*), dentre outros.

No Brasil, seguindo o exemplo alienígena, não foi diferente; porém, aqui, convém fazer ressalvas à garantia do devido processo legal, que foi prevista e aplicada gradualmente, posto que, antes da Constituição de 1988, só figurou expressamente na Constituição Imperial de 1824, num sentido meramente processual, como garantia procedimental.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a cláusula do devido processo legal encontrou sede entre os direitos e garantias fundamentais, descrita que está expressamente no inciso LIV do artigo 5.º: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, a partir daí, apresentando-

¹⁷²ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.39.

¹⁷³SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. *Igualdade perante a lei e “due process of law”*. Problemas de direito positivo. Rio de Janeiro: Forense, 1953. Apud GRINOVER, Ada Pelegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.26, nota 15. Citados por SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 113.

se como instrumento da justiça e dos direitos fundamentais para a defesa dos cidadãos frente ao Estado e elemento impulsionador da democracia frente ao respectivo governo.

Também entre nós, com a Constituição Federal de 1988, o devido processo legal irradiou seu caráter duplo, material e processual. No sentido substancial, implica na elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais. No sentido processual, significa a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, integrando o conceito a necessária paridade de armas entre as partes.

Segundo Celso Ribeiro Bastos¹⁷⁴, o “direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito; por ele, visa-se proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado; colima-se, portanto, a aplicação da lei”.

Arruda Alvim¹⁷⁵ conceitua devido processo legal como “garantia a um processo e respectivo procedimento preestabelecidos e regular, mercê dos quais idoneamente se possa levar ao Poder Judiciário um conflito de interesses a ser solucionado, e onde é essencial e avulta a citação, através da qual se viabiliza a possibilidade do contraditório”.

Inicialmente, visto de forma individualista, como princípio destinado a resguardar direitos públicos subjetivos das partes, passaram, com a preponderância da ótica publicista, suas normas a ganhar contornos de garantia, e não direitos, das partes e do justo processo.¹⁷⁶

¹⁷⁴BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.209.

¹⁷⁵ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.65.

¹⁷⁶FERNANDES, op. cit., p.45.

Também Alexandre de Moraes assim explica o caráter duplo do princípio do devido processo legal.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).¹⁷⁷

Mais especificamente, para o processo penal, o devido processo legal em sentido processual resume-se nas seguintes garantias:

a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.

No mesmo sentido, ainda, Oswaldo Trigueiro Valle Filho cita o princípio da presunção da inocência como garantia de lisura na administração de produção e valoração da prova, “em que as garantias naturais de um processo justo se apresentarão”¹⁷⁸.

Rogério Lauria Tucci¹⁷⁹ o classifica como uma garantia constitucional inerente ao devido processo penal, que se refere à plenitude da defesa.

Nessa esteira de pensamento, elementar a lição de Ada Pellegrine Grinover¹⁸⁰, no sentido de que a legalidade na disciplina da prova não produz um retorno ao sistema da prova legal, em que as regras eram aferidas para melhor pesquisa da

¹⁷⁷MORAES, op. cit., p.123.

¹⁷⁸VALLE FILHO, op. cit., p.200.

¹⁷⁹TUCCI, op. cit., p.71-73.

¹⁸⁰GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.114.

verdade; “seu valor era um *valor de verdade*”, diz. Ao contrário, hoje “as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um *valor de garantia*”, arremata.

Portanto, a proibição das provas ilícitas constitui uma das irradiações do devido processo legal, ou seja, assim como na Constituição Americana – ainda que não prevista expressamente em dispositivo constitucional específico –, a norma existe com a finalidade de proteger a liberdade dos cidadãos frente ao *jus puniendi* do Estado; trata-se de garantia instituída em prol do valor maior consagrado na esfera de liberdade do indiciado ou acusado em processo penal, como integrante do direito à plena defesa.

Com efeito, Ana Lúcia Menezes Vieira¹⁸¹ destaca que o *due process of law*, consubstanciado no conjunto de garantias constitucionais do processo, é que “garante o limite da função jurisdicional e a tutela dos direitos humanos na realização da Justiça pelo Poder Judiciário”. Citando Frederico Marques, arremata: “Isto significa a consagração do devido processo legal como forma fundamental de procedimento e garantia suprema do *jus liberatis*”.

Salutar a lição de Humberto Theodoro Júnior¹⁸², no sentido de inserir o devido processo legal dentre os “princípios fundamentais informativos do processo, que devem ser considerados pelo hermeneuta das leis formais, em suas aplicações práticas, [...] como forma de propiciar às partes a defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes”.

Dentro desse contexto se originou a proposta de reforma do Código de Processo Penal, cujas bases foram lançadas pela Constituição Federal de 1988 e

¹⁸¹VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.70-71.

¹⁸²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 43.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p.27-28.

pelo projeto do Código Modelo para a Ibero-América que, no item 13, traz como opção, a “efetivação das garantias do devido processo legal”¹⁸³.

É certo que, para o desiderato aqui proposto, faz-se necessário analisar a proibição constitucional da ilicitude da prova tal como está previsto no ordenamento jurídico pátrio, como norma expressa na Constituição Federal de 1988.

Após traçarmos essas linhas gerais, podemos concluir que a inadmissibilidade da prova processual penal ilícita traduz-se em norma constitucional, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, garantidora¹⁸⁴ da efetividade dos direitos e demais garantias asseguradas aos indiciados e acusados, em geral – por exemplo, integridade física, liberdade, dignidade, intimidade, sigilo das comunicações telefônicas, etc –, contra investidas ilegais e arbitrárias do Estado ou de particulares com a finalidade específica produzir prova visando à condenação penal. Trata-se de garantia instituída em favor da plenitude da defesa, contudo, também em homenagem à licitude na administração da justiça.

É considerado, pela doutrina, em sua maioria, princípio específico da prova processual penal¹⁸⁵, encontrando-se posicionada sistematicamente no rol do artigo 5.º da Constituição Federal, que, para alguns, apresentam natureza principiológica.

Constitui-se, pois, em garantia decorrente do devido processo penal, entendido este como postulado universalmente concebido e contemplado pelos

¹⁸³VALLE FILHO, op. cit., p.338-339. Cf., ainda, AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Org.). **A reforma do processo penal** no Brasil e na América latina. São Paulo: Editora Método, 2001.

¹⁸⁴VALLE FILHO, op. cit., p.294. Ainda, Vicente Greco Filho a classifica como garantia constitucional processual geral (**Direito processual...**, op. cit., p.43-50).

¹⁸⁵Nesse sentido: Eugênio Pacelli de Oliveira, após penitenciar-se por não ter incluído o tema dentre os princípios fundamentais do processo penal, em edições anteriores da obra, revela a relevância da aplicação do princípio da adequabilidade – proporcionalidade e razoabilidade – em relação às normas jurídicas atinentes às provas e registra a natureza principiológica da vedação das provas obtidas ilicitamente (*in Curso de Processo Penal*, 5. edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 35). No mesmo sentido: Paulo Rangel (op. cit., p.422). Ainda, Oswaldo Trigueiro Valle Filho (op. cit., p.290) a classifica como princípio, embora não tenha tratado expressamente da aplicação do princípio da proporcionalidade para o fim de admiti-la, ao menos, na obra por nós citada.

ordenamentos jurídicos dos países que se personificam num Estado de Direito, o qual reclama que o procedimento no qual se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o *punitivo* e o de *liberdade*.¹⁸⁶

A garantia da ampla defesa, uma das exigências em que se consubstancia o devido processo legal, exige a configuração de três realidades procedimentais, a saber: direito à informação, contraditório e comprovação da inculpabilidade (direito à prova legitimamente obtida ou produzida).¹⁸⁷

2.4 A DIGNIDADE HUMANA COMO *ULTIMA RATIO* DO SISTEMA DE GARANTIAS

A doutrina, em geral, traduz o sistema de garantias constitucionais cunhadas para o processo penal, especificamente, como decorrência da evolução do pensamento filosófico que passou a valorizar o homem como ocupando o centro do pensamento jurídico e sendo o destinatário último do direito, como resposta ao abuso do absolutismo vigente até então.¹⁸⁸

A paradigmática obra de Beccaria, lançada em 1764, foi o norte propulsor para o atual modelo garantista¹⁸⁹; donde advieram, como conseqüências, as Declarações,

¹⁸⁶FERNANDES, op. cit., p.46-47. O Autor explica o devido processo penal como pertencente a um quadro amplo das garantias do devido processo legal examinadas em face do processo penal, citando, como exemplos, o direito à prova, as garantias procedimentais e o princípio da proporcionalidade. No mesmo sentido: Rogério Lauria TUCCI (op. cit., p.71-73).

¹⁸⁷TUCCI, op. cit., p.176.

¹⁸⁸ BACILA, Carlos Roberto. Princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 75-108.

¹⁸⁹BECCARIA, op. cit., p.10. Evaristo de Moraes, no prefácio da tradução, profetizou: “o pequeno livro DOS DELITOS E DAS PENAS pode ser considerado o maior propulsor do humanitarismo num ambiente do qual este sentimento fora banido, o ambiente dos juízos criminais. Diante do gesto criminoso, suposta a necessidade da vingança coletiva, era o delinqüente desumanizado. Contra ele tudo se justificava. [...] Verifica-se uma espécie de emulação entre a

primeiro, a do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776¹⁹⁰ e, depois, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, como triunfo das idéias iluministas, nos Estados Unidos, o ideal do *due process of law*, tomado como ideário de mudança.

Podemos concluir, desse contexto, que a *ultima ratio* desse sistema de garantias é a concretização da dignidade humana, cunhada por filósofos e juristas há tempos atrás e constituindo hoje a viga mestra do rol de preceitos fundamentais.¹⁹¹

A dignidade, pensada por Kant, considerado “o filósofo da dignidade”, veio a ocupar o centro e constituir o veio condutor das constituições democráticas do final do século XX e início do século XXI. Nessa linha de pensamento, Rodrigo da Cunha Pereira diz que “as noções de dignidade incorporaram-se de tal forma ao discurso jurídico que se tornou impensável qualquer julgamento ou hermenêutica sem a consideração dos elementos que compõem e dão dignidade ao humano”.¹⁹²

Dissertando acerca do sentido e evolução dos direitos humanos, Fábio Konder Comparato¹⁹³ leciona que tudo gira em torno do homem e de sua eminente posição no mundo, daí decorrendo o sentido do conceito de dignidade humana, tanto

crueza do indivíduo e a crueza do poder público, supremo vingador”. Mais adiante, tratando da posição de Beccaria em repelir a tortura como recurso para obter a prova dos crimes, salientou: “É lamentável que, desaparecida dos textos legais, repelida, desde muito, por todos os tratadistas da prova em matéria criminal, persista a tortura entre os meios policiais de descobrir crimes e criminosos...” (p.14).

¹⁹⁰FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.285-288. Menciona que a idéia de prescrever, por escrito, um rol de direitos dos indivíduos, superiores ao próprio poder, advém dos forais e das cartas de franquia datadas da Idade Média, com as diferenças de que estas eram destinadas a determinadas categorias ou grupos particularizados de homens e não ao cidadão em abstrato; e, ainda, o reconhecimento dos direitos dava-se em relação a alguns homens, exatamente por pertencerem àquela categoria ou à tal valorosa cidade e não a todos os homens, indiscriminadamente, em razão da natureza humana (p.286).

¹⁹¹Nesse sentido: Eduardo Trigueiro VALLE FILHO (op. cit., p.35); José Carlos Vieira de ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p.102.

¹⁹²PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dignidade humana é o direito a ser humano. **Boletim IBDFAM**, Ano 5, n.33, p. 10, jul./ago. 2005.

¹⁹³COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.1-6.

no campo da religião, da filosofia como da ciência: “o homem perfaz indefinidamente a sua própria natureza – por assim dizer, inacabada – ao mesmo tempo em que ‘hominiza’ a Terra, tornando-a sempre mais dependente de si próprio”.

Continua, lembrando que “foi essa concepção do homem, demiurgo de si mesmo e do mundo em torno de si, que um jovem humanista italiano, Giovanni Pico, senhor de Mirandola e Concórdia, apresentou, em 1486, em famoso discurso acadêmico, constante da edição intitulada *Discurso sulla Dignità dell’Uomo*”.

Assim, pode-se situar, na história, a partir do período axial (Séculos VIII a II a.C.), a consideração do ser humano em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, quando, então, se levantam os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais ela inerentes.¹⁹⁴

A dignidade da pessoa humana, erigido dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a serem alcançados, guarda íntima conexão com os temas abordados neste trabalho, embora caracterize um conceito por demais amplo, cujo estudo não procuramos esgotar.

Ana Paula de Barcellos¹⁹⁵ disserta, básica e resumidamente, sobre as conotações históricas da dignidade humana a partir da valorização do homem, situando-as em três momentos ou fases: do cristianismo, do iluminismo humanista, a partir da obra de Kant (que dá ao homem um fim em si mesmo) e passando pelas transformações produzidas, por ocasião da Segunda Guerra Mundial, na valoração do próprio homem.

Eduardo Trigueiro Valle Filho lembra que foi no contexto do pós-guerra que surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), oriunda do desejo de estabelecer princípios e fortalecer a posição do indivíduo no contexto

¹⁹⁴COMPARATO, op. cit., p.8-11.

¹⁹⁵BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.201 e segs.

mundial. Outrossim, revela que, como paradigmas das vocações regionais de efetivação daquela Declaração, surgiram as convenções sobre direitos humanos: Européia (firmada em 1950, vigente a partir de 1953) e Americana (aprovada em 22.11.1969 em São José da Costa Rica, vigente a partir de 1978, ratificada pelo Brasil em 1992 e incorporada ao direito interno pelo Decreto 678, de 06.11.1992).¹⁹⁶

Em decorrência do parágrafo 2. do artigo 5. da Constituição Federal, os dispositivos dessa Convenção Americana sobre Direitos Humanos integram o ordenamento jurídico nacional.

Na lição de Ada Pellegrine Grinover¹⁹⁷, “isto quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana interagem e se completam; e, na hipótese de uma ser mais ampla que outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais”.

Destarte, a normatividade internacional, incorporada ao direito interno, vem ratificar o posicionamento do direito brasileiro de agregar ao processo penal os princípios que têm como base axiológica o respeito à dignidade humana.¹⁹⁸

Paulo Rangel¹⁹⁹ aduz que os direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição possuem características próprias, sendo *naturais*, *abstratos*, *imprescritíveis*, *inalienáveis* e *universais*, explicando que a primeira característica traduz-se no fato de pertencerem à própria natureza humana, apesar de positivados.

¹⁹⁶VALLE FILHO, op. cit., p.300. GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.69-70.

¹⁹⁷GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.71.

¹⁹⁸Nesse sentido: VALLE FILHO, op. cit., p.306.

¹⁹⁹RANGEL, op. cit., p.422-423. Entende que é “absoluto” o direito de a pessoa acusada ou investigada de não ser submetida a tortura, tratamento desumano ou degradante, como, por exemplo, ser submetida à utilização de soro da verdade ou detector de mentiras no Tribunal do Júri, dizendo que a prova seria inadmissível porque afrontaria a autodeterminação da pessoa humana e significaria violação à vedação constitucional de prova ilícita.

Analisando o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, a Ana Paula de Barcellos²⁰⁰ afirma que se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.

Os direitos fundamentais são, tradicionalmente, apresentados pela doutrina como um conjunto formado pelas categorias de direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, esta última uma redução da locução direitos sociais, econômicos e culturais; ou, como preferem alguns, direitos de primeira a terceira gerações.²⁰¹

Daí concluir a Autora que os três grupos de direitos não estão em oposição, antes se complementam, na medida em que os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade humana.

Vemos, pois, que sua origem está na doutrina liberal, que pregava a proeminência do homem frente ao Estado como organismo social: os direitos do

²⁰⁰BARCELLOS, op. cit., p.201 e segs.

²⁰¹Alexandre de Moraes assim os classifica: "*Direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*; [...] *direitos fundamentais de segunda geração* [...] são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século (aqui se referindo ao século passado, evidentemente); [...] por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos" (MORAES, op. cit., p.59). Ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho demonstra que, ao lado dos direitos-resistência, que impunham abstenções ao Estado, determinando-lhe abstenções, surgiram os direitos econômicos e sociais, que seriam direitos a prestações positivas do Estado, vistos como necessários para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para os seres humanos, como os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à *segurança* e à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados e o direito à moradia, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 26/2000 (Constituição mexicana, de 1917; Declaração russa de 1918; Constituição de Weimar, de 1919; Constituição espanhola de 1931 etc.); por fim, esclarece que adveio do Direito Internacional a noção de direitos de terceira geração, ou direitos de solidariedade, que englobariam o direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente etc., sendo que muitos deles, por falta de sistematização constitucional, constituiriam aspirações, despidas de força jurídica vinculante (FERREIRA FILHO, *Curso de direito...*, 31.ed., op. cit., p.288-292 e 312).

primeiro devem ser assegurados e respeitados, pois, na medida em que se o protege, põe a salvo toda a sociedade das ingerências indevidas em sua esfera de liberdade.²⁰²

Mariângela Gama de Magalhães Gomes²⁰³ profetiza que a dignidade da pessoa humana impõe, antes mesmo da atuação estatal no processo, o dever dos órgãos legislativos de ponderação quando destinados a elaborar leis restritivas dos direitos e garantias individuais.

Assim:

Ao reconhecer a pessoa humana como o centro em torno do qual a legislação do Estado – e, de maneira especial, a legislação penal – há de ser pautada, a Constituição impõe ao legislador o dever de ponderar toda e qualquer intromissão que aponte para limites de direitos e garantias assegurados constitucionalmente a todas as pessoas; e, de modo especial, deverá limitar a intervenção penal.

Porém, nem sempre é o que ocorre quando do juízo de ponderação realizado no caso concreto, como demonstrado alhures nas diversas formas de invasão da vida privada em nome de alguns valores sociais considerados mais relevantes no momento de julgar.

Nesse sentido, bem lembrou Fábio Konder Comparato²⁰⁴, de que “existe também, necessariamente, em toda sociedade organizada, uma hierarquia a ser considerada, dentro de cada série positiva ou negativa: há sempre bens ou ações humanas que, objetivamente, valem mais que outros, ou que representam contravalores mais acentuados que outros, como obstáculo ao desenvolvimento da personalidade humana”.

²⁰² COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade**. 3.ed., São Paulo: Siciliano Jurídico: 2004, p. 30-33.

²⁰³GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.67.

²⁰⁴COMPARATO, op. cit., p.26.

Diante de tudo o que foi exposto, vemos que a proibição das provas ilícitas protege a dignidade humana da pessoa que se encontra no pólo passivo de um procedimento investigatório preliminar ou de um processo penal, na medida em que a põe a salvo de investidas abusivas e arbitrárias, por parte do Estado ou de terceiros, em sua esfera de integridade física e psicológica, liberdade, privacidade, intimidade e outros direitos constitucionalmente consagrados como liberdades negativas de todos os cidadãos, a começar pelo reflexo imediato na ineficácia do castigo físico (tortura, por exemplo), como meio de extração de prova para a condenação.

De fato, Fábio Konder Comparato, citando o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, aduziu que “o caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo”.

Contudo, temos acompanhado a violação dos diversos direitos individuais inerentes à dignidade humana, em nome do poder repressivo do Estado (por exemplo, em prol da condenação em relação a integrantes do crime organizado, considerar-se-ia lícita a invasão da privacidade, por meio da interceptação telefônica ilícita, mas não castigo físico para obter a confissão; ou, então, preferir-se-ia a ameaça para obter a confissão mas não a invasão de domicílio etc.).²⁰⁵

É importante o registro da aplicação do princípio da proporcionalidade como critério limitador do gozo dos direitos fundamentais que, se utilizado contra o investigado ou acusado em processo penal, como decorrência lógica, certamente afrouxa a garantia, inserta no princípio da dignidade humana, contra toda forma de desrespeito às liberdades públicas.

²⁰⁵ Cf. SOUZA, José Fernando Vidal de. **Temas atuais de processo penal**. Campinas (SP): Copola Livros, 1994, p. 130-131; AGUILAR, Francisco. **Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas**: contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2004; CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, dentre outros.

Discorrendo sobre o assunto, Fábio Bittencourt da Rosa²⁰⁶ preconiza que na época atual, de insegurança inquestionável quanto à criminalidade quase que imune à jurisdição, questiona-se sobre a ponderação de direitos e garantias individuais em relação ao interesse coletivo, figurando a proporcionalidade como critério limitador do gozo dos direitos fundamentais. Porém, pergunta em que medida isso será admissível, já que não se pode fixar um percentual exato na medição dos interesses em jogo.

Indignado, cita o exemplo da justiça americana que, utilizando o fundamento do princípio da proporcionalidade, determinou a quebra do sigilo da fonte e o recolhimento, à prisão, do jornalista que preferiu silenciar acerca desta.

Assim, no dizer de Gordilho Cañas, citado por Paulo Bonavides²⁰⁷, a Constituição incorpora uma “ordem objetiva de valores”, qual acontece, desde que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade entram a figurar como esteios da “ordem jurídica e da paz social”.

Mormente, porque, em seu duplo aspecto, os direitos fundamentais constituem normas de competência negativa, proibitiva da ingerência estatal na esfera de liberdade individual (plano jurídico-objetivo) e, positiva, no plano jurídico-subjetivo, conferindo aos destinatários da proteção a prerrogativa de exercer positivamente os direitos fundamentais, ainda que, para tanto, seja necessário exigir do Estado o dever de omitir-se nas agressões à esfera dos direitos fundamentais de seus administrados²⁰⁸.

Vemos, pois, que o problema diz respeito, ainda, à segurança individual, desdobrando-se em direito subjetivo em geral (CF, art. 5.º, inc. XXXVI), direito à

²⁰⁶ROSA, Fábio Bittencourt da. Proporcionalidade: perigo do conceito aberto. **IBCRIM – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 13, n.153, ago. 2005. p.5.

²⁰⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.290.

²⁰⁸ MORAES, op. cit., p.58.

segurança em matéria penal (CF, art. 5.º, incs. XXXVII a LXVII) e, por fim, à segurança do domicílio (CF, art. 5.º, inc. XI).²⁰⁹

Percebe-se que se deu especial relevo à segurança individual, da qual é condição a segurança da comunidade, razão de ser do Estado. É importante considerar que são incindíveis a segurança individual e a segurança da comunidade, ambas consideradas no plano interno da segurança nacional, posto que “não há segurança para o indivíduo, se não existir segurança para a comunidade, ou para o Estado; [...] mas a segurança da comunidade e a do Estado estarão sempre em risco se inexistir segurança individual”.²¹⁰

Não se pode olvidar, quanto a esse aspecto, que o direito à prova lícita constitui princípio decorrente do respeito constitucional à dignidade humana, na medida em que protege a segurança individual – em todos os seus níveis – e, claramente, impede o avanço do poder-dever de punir na esfera privada fundamental do homem, com o quê está a proteger, também, a segurança da comunidade.

Mesmo porque ao Estado, para garantir eficientemente a segurança pública, bem como para restabelecimento da ordem porventura gravemente perturbada²¹¹,

²⁰⁹FERREIRA FILHO, **Curso de direito...**, 31.ed., op. cit., p.295. Reafirma que, dos direitos relativos à segurança do indivíduo, uns concernem aos seus direitos subjetivos em geral (direito à legalidade e direito adquirido – CF, art. 5.º, incs. II e XXXVI) outros à sua segurança pessoal (garantia da prisão legal, inviolabilidade da intimidade e do domicílio e segurança em matéria penal – CF, art. 5.º, incs. LXI, XI, XXXVII a LXVII). Em outro momento, explica que os direitos sociais ou de segunda geração consistem em direitos a prestações positivas por parte do Estado, visto como necessários para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para os seres humanos, exemplificando-os com os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à *segurança* e à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados e o direito à moradia, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 26/2000 (p.312).

²¹⁰FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.148.

²¹¹O Estado dispõe de meios lícitos e constitucionalmente limitados, contra arbitrariedades e abusos de poder, para restabelecer a ordem interna porventura perturbada de forma grave, quando não for possível restaurar a segurança nos casos legalmente previstos de normalidade. Assim o são o estado de defesa e o estado de sítio (CF, arts. 136 e 137), ocasiões em que as medidas são decretadas pelo Presidente da República, após apreciação e autorização do Congresso Nacional,

deve antes fazer uso dos meios preventivos que têm legalmente a sua disposição, visando, com isso, evitar a lesão ou nova lesão a bem ou interesse juridicamente protegido; não pode, sob o argumento de “proteger” a segurança pública, atuar ineficazmente para o caso concreto, posto que depois do cometimento do delito, visando, com obtenções ou produções ilícitas de provas, por meio de violação de direitos fundamentais conferidos a todos os cidadãos, a repressão pura e simples do suspeito da prática da infração penal noticiada.

Bem observa José Frederico Marques²¹² que “várias limitações, decorrentes dos postulados constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, impedem que, para a procura da verdade, lance-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, crendices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual”.

limitadas quanto ao tempo de vigência e à área territorial atingida. Conferir, a propósito: FERREIRA FILHO, **Aspectos do direito...**, op. cit., p.152.

²¹²MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. v.2. p.353-354.

CAPÍTULO 3

NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL DA PROVA ILÍCITA

3.1 NORMAS RÍGIDAS E FLEXÍVEIS

Importante se faz ao desenvolvimento do tema uma digressão pela teoria das normas constitucionais.

Eduardo Espíndola (*Sistema de direito brasileiro*, 1.ed. v.1, p.196, n.24), citado por Jorge Lobo, remonta a Regelsberger acerca da interpretação das normas, no sentido de que “algumas leis não suportam interpretação ampla: são as leis rígidas ou absolutamente coativas; outras, porém, parecem destinadas a receber do intérprete o desenvolvimento que lhes não podia dar o legislador: são as leis suscetíveis de complemento”.²¹³

Explica que, “no primeiro caso, as normas, sob forma imperativa ou proibitiva, indicam peremptoriamente os limites da atividade industrial, excluindo a possibilidade de divergência. Ao intérprete, cabe examinar-lhe o conteúdo e seguir suas prescrições rigorosas e precisas, ainda que lhe pareçam incompatíveis com a equidade e descabidas no momento de sua aplicação (autor e obra citada, p.200)”²¹⁴.

Por outro lado, expõe que “as normas flexíveis admitem uma interpretação histórico-evolutiva-constructiva na medida em que não apresentam caráter de intransigência; ao contrário, prescrevem fórmulas gerais, permitindo às partes o cuidado de interpretá-las e, em alguns casos, afastá-las e ao intérprete, a faculdade de adaptá-las às necessidades racionais (autor e obra citada, p. 201)”²¹⁵.

²¹³ LOBO, Jorge. Uma interpretação histórico-evolutiva-constructiva dos artigos 159 a 161 da Lei de Falências. **Advocacia Dinâmica – ADV – Informativo**, boletim semanal, Rio de Janeiro, ano 17, n 6, p.80, 1997.

²¹⁴ LOBO, op. cit., p.80

²¹⁵ LOBO, op. cit., p.80.

3.2 RELATIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Posto estarmos no âmbito das diferenciações entre os diferentes conceitos que tomam as diversas espécies de normas constitucionais, cabe registrar a distinção entre direitos e garantias fundamentais que, segundo Alexandre de Moraes, resume-se em que os primeiros vêm materializados em disposições meramente declaratórias enquanto que as segundas tomam forma de normas assecuratórias, que limitam o poder em defesa dos direitos.²¹⁶

Na mesma esteira de pensamento, Antonio Scarance Fernandes²¹⁷ ensina que a distinção mais aceita é a de Rui Barbosa, segundo a qual “os direitos são disposições meramente declaratórias, imprimindo existência legal aos bens e valores por ela reconhecidos, enquanto as garantias são disposições assecuratórias que têm como finalidade proteger os direitos”.

Podemos, na esteira de Alexandre de Moraes²¹⁸, citar Jorge Miranda, que leciona nesse sentido:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.

Rogério Lauria Tucci²¹⁹ fala do dualismo entre direitos e garantias, dizendo que a outorga constitucional destas “importa em tutelar os direitos que amparam por via de instrumentos correspondentes quer à sua grandeza, quer à sua dignidade e

²¹⁶MORAES, op. cit., p.62.

²¹⁷FERNANDES, op. cit., p.19-20.

²¹⁸MORAES, op. cit., p.63.

²¹⁹TUCCI, op. cit., p.54.

importância”. Completa, pois, afirmando que “estabelecidos os direitos fundamentais do indivíduo, devem ser, igualmente, estatuídas as garantias a eles correspondentes, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante atuações judiciais, tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes”.

Hans Kelsen²²⁰, por sua vez, ensinava que “a função política da Constituição é a de impor limites jurídicos ao exercício do poder; garantia constitucional significa gerar a segurança de que esses limites jurídicos não serão transgredidos”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²²¹ leciona que “as garantias consistem em prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados”. Diferencia-as dos remédios constitucionais que, embora denominados também de garantias, são, na verdade, a garantia das garantias, posto que se constituem em medidas ou processos especiais para a defesa dos direitos fundamentais violados; as garantias, ao contrário dos remédios, buscam prevenir, não corrigir.

Assim é que José Afonso da Silva²²² faz o confronto entre direitos e garantias constitucionais, adicionando que, não raro, o direito fundamental está subentendido na norma de garantia: cita o direito de liberdade, direito de não sofrer sanção por fato alheio, direito à incolumidade física e moral, direito de defesa, liberdade política e de opinião, enfim, direito à segurança em geral, que são protegidos pelas garantias penais inscritas, em geral, nos incisos XXXVII a LXVII do artigo 5.º da Constituição Federal.

²²⁰KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. (Colección Clásicos del Pensamiento). *“La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán trasngredidos”.*

²²¹FERREIRA FILHO, **Curso de direito...**, 31.ed., op. cit., p.291-292.

²²²SILVA, J. A. da, op. cit., p.419.

Antonio Scarance Fernandes²²³, seguindo lição de Ada Pellegrini Grinover, explica que a visão individualista do devido processo legal cedeu à ótica publicista, segundo a qual “as regras do devido processo legal são garantias, não direitos, das partes e do justo processo”.

Destarte, podemos afirmar que a norma constante do inciso LVI do artigo 5.º (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”) trata-se de “garantia constitucional” que visa “assegurar, aos titulares daqueles direitos, o respeito e a exigibilidade destes”; “é prescrição do Direito Constitucional Positivo que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou mesmo de particulares, protege a eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo específico”²²⁴.

Mas aqui cabe ressaltar que a diferença não ameaça a eficácia das normas constitucionais, pois, como lembra Luigi Ferrajoli²²⁵, “as condições de validade das leis não dependem apenas da forma de sua produção, mas também da coerência com o conteúdo constitucional”, expressando a importância da solução das antinomias aparentes no Texto Constitucional.²²⁶

Nessa esteira de pensamento, Canotilho, citado por Eduardo Trigueiro do Valle Filho²²⁷, ensina que “rigorosamente as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos Poderes

²²³FERNANDES, op. cit., p.45.

²²⁴FERNANDES, op. cit., p.415-416.

²²⁵FERRAJOLI, Luigi; CARBONELL, Miguel; ALEXY, Robert. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho). P. 18.

²²⁶ Cf. ainda, HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

²²⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1993. Citado por Eduardo Trigueiro do VALLE FILHO (op. cit., p.38).

Públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”.

José Afonso da Silva²²⁸ ensina que os direitos fundamentais do homem referem-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, assim como designam, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Assim é que os direitos e garantias fundamentais tomam forma principiológica. No dizer de José Renato Nalini²²⁹, “o Título II, dos direitos e garantias fundamentais, é fonte fecunda de princípios constitucionais. [...] A tradição dos direitos fundamentais, a sua abrangência e generalidade, além do avançado estágio de desenvolvimento doutrinário, praticamente autorizam que de cada um deles se extraia um enunciado principiológico”.²³⁰

Os direitos e garantias fundamentais consubstanciados em princípios não são absolutos, e podem ser relativizados na medida em que sua proteção integral redunde na recusa de proteção de outro direito ou garantia igualmente positivado na Constituição como fundamental, mediante o juízo de ponderação dos direitos colidentes no caso concreto.

²²⁸SILVA, J. A. da, op. cit., p.182.

²²⁹NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. Coordenação de Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997. p.44.

²³⁰Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A questão da colisão preocupa especialmente os adeptos da tese de que os direitos fundamentais são sempre princípios. Essa tese, para muitos, é a lição de Alexy. O mestre alemão, todavia, não afirma serem os direitos fundamentais sempre princípios, mas poderem ser enunciados como princípios, ou como regras, ou como princípios e regras. Assim, é com relação a cada norma específica enunciativa de direitos fundamentais que se há de formular a pergunta se ela é princípio, regra, ou ambos”. Após citar o perigo da flexibilização de determinadas normas constitucionais aferidas como princípios pelos substancialistas – por exemplo, o inciso III do artigo 5.º da Constituição Federal, que proíbe a tortura, que, em confronto com a segurança da sociedade e do Estado, poderia ser cabível – diz que, na realidade, podem ser “identificados princípios subjacentes ao enunciado de direitos fundamentais; o que, evidentemente, não significa serem os direitos fundamentais sempre princípios, e sim que dos direitos fundamentais se podem inferir princípios, o que é coisa completamente diferente” (**Curso de direito...**, 31.ed., op. cit., p.395-396).

Alexandre de Moraes²³¹, numa visão mais publicista, lembra que “os direitos e garantias constitucionais, individuais e coletivos, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”.

Salienta que essa é orientação universal, na medida em que fez parte da própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu artigo 29:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

Na mesma esteira de proteção, dispôs a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, pela norma estatuída no parágrafo 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal, integra o ordenamento jurídico brasileiro²³²:

Art. 11 - Proteção da honra e da dignidade.

- I - Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e reconhecimento de sua dignidade.
- II - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio e em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.
- III - Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas.

Vemos, pois, que o ponto nevrálgico da colisão de direitos e garantias fundamentais situa-se, no mais das vezes, entre a esfera de direitos fundamentais

²³¹MORAES, op. cit., p.60.

²³²GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.71 e 117-118.

individuais (como intimidade, privacidade, honra) e a esfera de direitos fundamentais coletivos (segurança, direito à informação etc.).

Carlos Alberto Bittar revela que as limitações ao direito à intimidade existem em razão de interesses vários da coletividade e pelo desenvolvimento crescente de atividades estatais²³³; e que “o controle está legitimado pelo sistema jurídico, em função da orientação de que é dever do Estado conceder segurança a seus cidadãos. Aliás, o direito à segurança é outro componente intrínseco da personalidade humana, evidenciando-se a sua importância nos dias atuais, ante os fenômenos apontados, a exigir a compressão acima imposta à privacidade”.²³⁴

Em tempos longínquos, a relatividade dos direitos e garantias fundamentais era acenada por Norberto Bobbio²³⁵:

Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.

Notadamente no que diz respeito à proibição de prova ilícita no processo, escreveu Oswaldo Trigueiro do Valle Filho²³⁶:

O foco do trabalho serão os chamados direitos fundamentais, que possuem como referencial maior a dignidade humana. Além deles, os princípios que norteiam o processo penal e dão estruturação ao Estado de Direito, que, nesta perspectiva, têm a mesma magnitude constitucional. A partir daí as situações se relativizam, algumas de caráter momentoso, as quais irão exigir extrema prudência no aquilatar dos direitos.

²³³BITTAR, op. cit., p.106.

²³⁴BITTAR, op. cit., p.109.

²³⁵BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.42.

²³⁶VALLE FILHO, op. cit., p.52.

O mesmo autor expõe a necessidade emblemática em que se encontra o Estado na garantia de segurança que deve aos cidadãos, mormente no que diz respeito à grande criminalidade.

Lembra, como dois extremos no caminho que percorremos, o modelo *good faith*, originado pela reação da população americana que, impulsionada pela mídia e com finalidade positiva, exigiram das autoridades o saneamento das atividades ilícitas policiais ante a boa-fé de seus agentes. Por outro lado, há o pensamento radical dos que não concebem tocar nas garantias constitucionais, sob argumento de que tal proceder fulminaria a imagem do Estado.²³⁷

Diante desse impasse, oportuno lembrar a lição de Ruy Barbosa²³⁸, no sentido de que “a declaração de um direito individual pela Constituição do Estado importa na imediata aquisição do direito assegurado e na proibição geral, aos particulares e às autoridades públicas, de o violarem”.

Daí a necessidade, cada vez mais premente, com que a doutrina debruça-se sobre as formas de harmonização das normas constitucionais, de forma a chegar a um resultado que melhor confirme a sua eficácia e menos fira o direito constitucional consubstanciado em cada uma delas.

3.3 PRINCÍPIOS E REGRAS. CONCEITO E NORMATIVIDADE

Ensina Suzana de Toledo Barros²³⁹ que “outorgar dignidade constitucional a um princípio exige de qualquer estudioso não só sua conceituação, mas também o questionamento acerca dos preceitos constitucionais que lhe dão sustentação e lhe garantem tal categoria, bem assim a constatação de sua aplicação pelos Tribunais”.

²³⁷VALLE FILHO, op. cit., p.66-67.

²³⁸Citado por Rogério Lauria TUCCI (op. cit., p.205).

²³⁹BARROS, op. cit., p.91.

Na acepção de Sérgio Sérulo da Cunha²⁴⁰, o termo princípio é único. Lembra o Autor que os dicionários referem-se ao termo grego *arque*, tal como o fazem em relação a *principium*: *arque* significa “a ponta”, “a extremidade”, “o lugar de onde se parte”, “o início”, “a origem”.

No sentido etimológico da palavra, salienta que há algo mais que *arque*: “*principium*, tal como ‘príncipe’ (*princeps*) e ‘principal’ (*principalis-e*), provém de *primum* (primeiro) + *capere* (‘tomar’, ‘pegar’, ‘apreender’, ‘capturar’). *Primum capere* significa ‘colocar em primeiro lugar’”.²⁴¹

Continua:

Assim, ao nascer, o termo ‘princípio’ não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que é colocado em primeiro lugar, aquilo que se toma como devendo estar em primeiro lugar, aquilo que merece estar em primeiro lugar. A distinção é importante, porque à base do termo está, como se vê, uma distinção valorativa.²⁴²

Martin Heidegger concebe o princípio como “uma proposição que basta para suportar a verdade do juízo”. A essa concepção, de princípio como fundamento para a verdade possível, filiam-se outras definições, também de natureza lógica, tais como as de Platão²⁴³, Aristóteles²⁴⁴ e Kant²⁴⁵, que concebem “princípio” como fundamento²⁴⁶.

²⁴⁰CUNHA, Sérgio Sérulo da. O que é um princípio. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.261.

²⁴¹ Cf., acerca do conceito polissêmico de princípio e suas conseqüências no âmbito da insegurança jurídica, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed., 2.tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 275-316.

²⁴²CUNHA, op. cit., p.261.

²⁴³O princípio é algo de não-engendrado; a partir dele tudo passa a existir, enquanto ele não provém de nada.

²⁴⁴Os primeiros princípios da Ciência impõem a convicção de sua verdade em si mesmos e por si mesmos; sendo descabido buscar mais além o porquê e as razões dos mesmos.

²⁴⁵Princípios são juízos *a priori*, não apenas porque são o fundamento de outros juízos, mas também porque não se fundam em outros conhecimentos mais gerais e elevados.

²⁴⁶CUNHA, op. cit., p.263.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes²⁴⁷ vê as normas constitucionais fundamentais, dentre elas os princípios, como positivações do direito natural dos povos.

Outras definições de princípios, de natureza ontológica, são próprias das ciências naturais (causas naturais em razão das quais os corpos se movem; elemento ativo de uma coisa; matriz dos fenômenos pertinentes a um campo determinado da realidade; fator de existência, organização e funcionamento do sistema, que se irradia da sua estrutura para seus elementos, relações e funções).

Sérgio Sérvulo da Cunha²⁴⁸ diz que o sentido em que se utiliza o termo princípio nas ciências naturais, como forma matriz, aproxima-se do sentido dado por Montesquieu à lei – “lei é a relação necessária que deriva da natureza das coisas” e, que, por sua vez, o Autor atribui à *regra*. É a causa, a razão de ser dos fenômenos (assim, fala-se, indiferentemente, em princípio da gravidade ou lei da gravidade; princípio da identidade ou lei da identidade; princípio de não-contradição ou lei de não-contradição).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴⁹, citando José Cretella Junior (*in* Revista de Informação Legislativa, v.97:7), define “princípios de uma ciência como as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência”.

²⁴⁷GOMES, M. G. de M., op. cit., cita a autora, à fl. 26, que “pode-se dizer, desta forma, que as modernas Constituições realizam uma espécie de milagre jurídico, que consiste na ‘positivação do direito natural’; a inclusão de valores fundamentais nos textos constitucionais faz com que estes consagrem um verdadeiro e próprio ‘pacto’ democrático, uma vez que o acordo sobre os conteúdos, ou seja, sobre os valores fundamentais da vida civil social e política, expressa quase a identidade ideológico-cultural de um povo, um consenso geral fundado sobre o reconhecimento de um patrimônio comum de valores”.

²⁴⁸CUNHA, op. cit., p.263-264.

²⁴⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.66.

“Princípio”, na definição de Celso Antonio Bandeira de Mello²⁵⁰, “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Embora a palavra “princípio” seja equívoca, podendo apresentar diferentes concepções, é no sentido jurídico-constitucional que a abordamos, porquanto, no Direito Pátrio, a ilicitude da prova encontra-se, na lição de alguns doutrinadores, no contexto dos princípios-garantia consagrados no rol do artigo 5.º da Constituição Federal.²⁵¹

²⁵⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.583-584.

²⁵¹SILVA, J. A. da, op.c it., p.97. Porém, embora a matéria não consista no objeto de nosso estudo específico, apresentamos outras classificações doutrinárias dos princípios constitucionais, para fins de elucidação: “Canotilho subdivide-os em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia (aqui estando o devido processo legal e a proibição das provas ilícitas); Edilson Pereira de Farias fá-lo da seguinte forma: princípios explícitos ou positivos (inseridos aqui os princípios-garantia), princípios implícitos ou princípios gerais do Direito e princípios suprapositivos ou extra-sistêmicos (cf. FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.36-49), enquanto que Luís Roberto Barroso triparte-os em princípios fundamentais, princípios constitucionais gerais (onde inclui o devido processo legal) e os princípios setoriais ou especiais” (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p.67-70). Outra classificação, proposta por Jorge Miranda, divide os princípios em três grandes categorias: “a) princípios constitucionais substantivos, válidos em si mesmos e que refletem os valores básicos da Constituição material, subdivididos em (a.1) princípios axiológicos fundamentais, que seriam os limites transcendentais do Poder Constituinte, via de positivação do Direito Natural (proibição de discriminações, integridade física e moral, irretroatividade da lei penal afliitiva, direito de defesa do acusado, liberdade de religião e de convicções etc.); e (a.2) princípios político-fundamentais, que seriam os limites imanentes do Poder Constituinte, refletindo a opção do regime constitucional (princípios democrático, representativo, da separação dos poderes etc.); e b) princípios adjetivos ou instrumentais, complementares aos primeiros, de alcance técnico e função de enquadrar as disposições articuladas no seu conjunto; constituem a estruturação do sistema constitucional quanto à sua racionalidade e operacionalidade (princípios da proporcionalidade, da publicidade, da competência, da tipicidade das formas da lei etc.).” (NALINI, **Constituição...**, op. cit., p.43; PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.130-131).

Segundo José Afonso da Silva²⁵²:

Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.’

Luís-Diez Picazo, citado por Paulo Bonavides²⁵³, declara que “os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

Assim, a juridicidade dos princípios passou por três fases distintas: jusnaturalista, positivista e pós-positivista. A fase jusnaturalista foi marcada pela compreensão dos princípios dentro de uma esfera abstrata, numa dimensão ético-valorativa de ideais de justiça que contrastavam com a normatividade; os princípios seriam, em suma, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana. A decadência do Direito Natural clássico, marcado pelo advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos códigos, fomentou, do século XIX até a primeira metade do século XX, a expansão doutrinária do positivismo jurídico. Nessa fase, positivista, os princípios, previstos nos Códigos como fonte normativa subsidiária, como “válvula de segurança” a “garantir o reinado absoluto da lei”, nas expressões de Gordillo Cañas, citado por Paulo Bonavides²⁵⁴. Os princípios, então, não mais advinham de um Direito Natural ou ideal, mas derivariam da própria lei, informando o Direito Positivo e lhe servindo de fundamento. Por fim, nas últimas décadas do século XX eclodiu a terceira fase, do pós-positivismo, dos quais são representantes Jean Boulanger, na França; Vezio Crisafulli, na Itália; Friedrich Müller e Robert Alexy, na Alemanha; além de Ronald Dworkin, nos Estados Unidos e

²⁵²SILVA, J. A. da, op. cit., p.96.

²⁵³BONAVIDES, op. cit., p.256.

²⁵⁴BONAVIDES, op. cit., p.262-263.

Inglaterra. Não mais se discute a normatividade²⁵⁵ e juridicidade dos princípios que, estabelecidos ou recepcionados pela Constituição, passam a integrar o Direito atual vigente, como normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos, constituindo, assim, norma de eficácia suprema.²⁵⁶

Por isso, os autores afirmam que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer, posto que implica insurgência a todo o sistema de comandos e não apenas a um mandamento específico obrigatório. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, dependendo do escalão do princípio violado, por constituir subversão aos valores fundamentais de todo um sistema normativo. “Com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.²⁵⁷

Por fim, explica Suzana de Toledo Barros²⁵⁸ que “hodiernamente, na doutrina, não faz sentido a distinção operada pela metodologia jurídica tradicional entre normas e princípios. Norma é o gênero do qual regras e princípios são espécies; em outras palavras, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas”, portanto, dotadas de obrigatoriedade.

Mais adiante, dissertando especificamente sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como meio de solução dos conflitos existentes entre direitos fundamentais, conclui que as normas referentes a estes têm caráter de

²⁵⁵Embora a normatividade seja mínima na fase programática da constitucionalização dos princípios, posto que, nessa, eles pairam numa região abstrata e têm aplicabilidade diferida; no entanto, na fase não programática, possuem dimensão objetiva e concretizadora com aplicabilidade direta e imediata. Nesse sentido, conferir Paulo BONAVIDES, op. cit., p.274.

²⁵⁶BONAVIDES, op. cit., p.255-277.

²⁵⁷MELLO, op. cit., p.584.

²⁵⁸BARROS, op. cit., p.26.

princípios, razão pela qual constituem exigências de otimização, admitindo ser ponderados, posto que não obedecem à lógica do “tudo ou nada”.²⁵⁹

Segundo Robert Alexy²⁶⁰, a discussão teórico-jurídica atual é sobre a diferenciação entre regras e princípios, que, segundo diz, “constitui a base da fundamentação iusfundamental [...] e o ponto de partida para a resposta às perguntas sobre a possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito do direito fundamental”.

3.4 DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Conforme visto alhures, é pacífico que os princípios, assim como as regras, inserem-se na categoria de normas jurídicas.²⁶¹

Robert Alexy não deixa dúvida de que tanto regras e princípios são normas, sem deixar de reconhecer, no entanto, maior grau de generalidade aos princípios²⁶², por estarem ligados a questões práticas e jurídicas. A peculiaridade da distinção está em limitar o âmbito dos princípios. Consigna, ainda, como critérios de distinção, a determinação dos casos de aplicação, a origem, o caráter explícito do conteúdo valorativo, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para o ordenamento jurídico, por meio dos quais se procede à distinção entre as duas formas de normas jurídicas.²⁶³

²⁵⁹BARROS, op. cit., p.217; cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 176-177.

²⁶⁰ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.81-82.

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed., 2.tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 318-323.

²⁶²ALEXY, op. cit., p.83: *“A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí lãs reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser”*.

²⁶³ALEXY, op. cit., p.84.

O autor explica que tanto princípios quanto regras são normas porque tratam do “dever ser”, porém, diz que princípios são razões *prima facie* enquanto as regras são *razões definitivas*, de forma que podemos dizer que os princípios são razões para regras e razões para dever-ser.²⁶⁴

Continuando seu pensamento, diz que o critério mais utilizado para a distinção é o da *generalidade*²⁶⁵, maior dos princípios, evidente, posto que são normas com grau de relatividade relativamente alto²⁶⁶ enquanto que as regras são normas com nível de generalidade relativamente baixo.

Portanto, “a divisão seria qualitativa e não apenas de grau: os princípios são mandados de otimização, expressos por normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não; contêm determinação no âmbito do fático e juridicamente possível”.²⁶⁷

Destarte, no modo de resolução dos conflitos, diferenciam-se nitidamente: o conflito de regras será resolvido se uma cláusula de exceção, que o remova, for

²⁶⁴Por exemplo, para os autores que classificam como princípio o dispositivo constitucional referente à inadmissibilidade obtidas por meios ilícitos, podemos dizer que é razão para a regra pensada para o antigo Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, que tratou do tema no artigo 157: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais. 1. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras. 2. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório. 3. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença”.

²⁶⁵Difere o critério da generalidade do da universalidade, posto que esta se refere a todos os indivíduos de uma classe aberta. Ex.: Todo presidiário tem o direito de converter outro presidiário a sua própria religião.

²⁶⁶Ex.: As normas que garantem a liberdade religiosa a todas as pessoas.

²⁶⁷ALEXY, op. cit., p.98-104.

introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula; quanto aos princípios, faz-se a ponderação e se aplica o prevalente ao caso concreto.²⁶⁸

Destaca que isso não significa declarar nulo o princípio abdicado nem que nele seja inserta uma cláusula de exceção; antes, que, em determinadas situações concretas, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Ronald Dworkin²⁶⁹, por sua vez, entende que as regras são aplicáveis na maneira do tudo ou nada (*an all or nothing*); se os fatos por ela estipulados ocorrerem, a regra será válida e responderá à questão trazida a juízo; se tal não ocorrer, a regra em nada contribuirá para a solução do caso concreto. Diz que, sempre que se tratar de uma regra, para torná-la mais precisa e completa, faz-se mister enumerar-lhe todas as exceções; o conceito de validade da regra é incompatível com a dimensão de peso ou valor, pertencente à natureza do princípio.

No sistema de regras, não se admite que uma seja considerada mais importante que outra, de forma que uma prevaleça sobre outra em razão de seu maior peso; ao contrário, se duas regras entram em conflito, uma delas não poderá ser válida, decisão esta que sujeita a considerações exteriores às próprias regras.

Ana Paula de Barcellos²⁷⁰, por sua vez, distingue princípios e regras na classificação segundo a estrutura das normas constitucionais, salientando que os princípios também são providos de imperatividade.

Assim, projeta a distinção com base nos seguintes critérios doutrinários:
1) *Conteúdo*: os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito, formando uma exigência da justiça, da equidade e da moralidade, ao passo que as

²⁶⁸ SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 302.

²⁶⁹Apud BONAVIDES, op. cit., p.282.

²⁷⁰BARCELLOS, op. cit., p.41-57.

regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral. 2) *Origem e validade*: a validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, sendo impossível determinar o momento e a forma em que se tornaram jurídicos, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. 3) *Compromisso histórico*: os princípios são universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e do lugar. 4) *Função no ordenamento*: os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras, conferindo unidade e ordenação ao ordenamento jurídico. 5) *Estrutura lingüística*: os princípios são mais abstratos, razão pela qual há maior indeterminação quanto à sua aplicação, diferente do que ocorre com as regras. 6) *Esforço interpretativo exigido*: Os princípios exigem uma atividade interpretativa argumentativa mais intensa, para precisar seu sentido e inferir a solução proposta ao caso; já as regras demandam uma aplicabilidade burocrática e técnica. 7) *Aplicação*: as regras têm estrutura bionívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do “tudo ou nada” (Ronald Dworkin); os princípios, no entanto, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes (Robert Alexy). Esses limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio, são regras que o excepcionam em algum ponto e outros princípios opostos que procuram igualmente maximizar-se, daí a necessidade eventual de ponderá-los. Desenvolvendo esse critério de distinção, Alexy denomina as regras de *comando de definição* e os princípios de *comando de otimização*.²⁷¹

²⁷¹Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz uma crítica à diferenciação promovida pelos substancialistas, dizendo que a distinção entre regras e princípios, que se apoiava num critério meramente formal (doutrina tradicional), passou a ganhar contornos substanciais pelos adeptos de modismos doutrinários contemporâneos, embora, entre estes, não haja acordo acerca do critério (substantivo) de diferenciação. Ressalta que a definição de Alexy, segundo a qual “os princípios são mandados de otimização”, não leva muito longe, posto que toda norma, inclusive as regras, são mandados de otimização, no sentido de que se pretende com elas a otimização de um valor; por

Como já salientado, e na mesma linha de pensamento de Alexy, Ana Paula de Barcellos insiste em que regras e princípios encontram-se na categoria de normas jurídicas que pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos, ainda que se possa registrar significativas distinções entre eles, a saber: a relativa indeterminação dos efeitos dos princípios e a multiplicidade de meios para atingi-los.

Porém, como ilustrado por Nagib Slaibi Filho, “dos princípios decorrem as regras, estas dotadas de menor generalidade, mas secundárias aos princípios que fecundaram o seu conteúdo normativo”.²⁷²

Citando Vezio Crisafulli (*La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milano, 1952, p.15), assevera que “o princípio é a norma jurídica determinante de uma ou outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e resumem o conteúdo”. Continua, afirmando que “os princípios estão para normas particulares como o mais está para o menos, como o antecedente está para o conseqüente”.²⁷³

Nesse contexto, podemos concluir que as normas constitucionais que estabelecem princípios estabelecem diretrizes para a interpretação e aplicação de toda a Constituição e, conseqüentemente, do sistema como um todo. Assim, os princípios são dotados de plena eficácia, como também são condicionantes de todo o sistema jurídico; violá-lo é mais grave que violar qualquer outra norma constitucional, porque importa negar todo o sistema.²⁷⁴

outro lado, considera falho o critério de Dworkin, pelo qual “as regras devem ser aplicadas num ‘tudo’ ou ‘nada’ enquanto os princípios podem ser dosados ou graduados na sua aplicação”, haja vista que a conciliação entre regras é tão antiga quanto o direito. Concorde, por fim, que são pontos comuns de diferenciação, entre os substancialistas, a “otimização” e a “flexibilização” dos princípios (FERREIRA FILHO, *Curso de direito...*, 31.ed., op. cit., p.393).

²⁷²SLAIBI FILHO, Nagib. Discricionariedade e conceitos indeterminados na constituição. **ADV Seleções Jurídicas**, ago. 1996. p.5.

²⁷³SLAIBI FILHO, op. cit., p.5.

²⁷⁴MELLO, op. cit., p.584.

Porém, conforme doutrina Suzana de Toledo Barros, embora os princípios gozem de objetividade e presencialidade que os dispensam de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular²⁷⁵, apresentam caráter normativo *prima facie* e, conseqüentemente, admitem ponderação na medida em que não trazem consigo uma decisão definitiva quanto a uma conduta imperativa (fazer ou não fazer) ou facultativa, como o trazem as regras.²⁷⁶

Considerando a dificuldade de classificação do preceito constitucional da inadmissibilidade de prova ilícita em princípio ou regra²⁷⁷, podemos seguir Ferdinand Lassalle, adotando, para distinção, um método simples, o da comparação.²⁷⁸

A norma constante do inciso LIV do artigo 5.º da Constituição Federal, ao prescrever que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, traduz uma razão definitiva, subsumindo-se ao conceito de regra.

Não traz conceitos abstratos e indeterminados, que demandam maior esforço argumentativo e interpretativo, de forma que sua aplicação pode dar-se no âmbito técnico e burocrático; seu grau de generalidade é relativamente baixo: o preceito traduz-se em razão definitiva, que deve ser cumprido ou não, uma vez que traz consigo uma determinação de cumprimento fático e juridicamente possível.

Não é concebível que o dispositivo constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita possa ser realizado em graus, dentro do fático e juridicamente possível, posto que sua não concretização redundará na conseqüência lógica da

²⁷⁵BARROS, op. cit., p.92.

²⁷⁶BARROS, op. cit., p 217.

²⁷⁷Embora seja citado, com freqüência, pela doutrina, como “princípio” atinente à prova processual penal, interessa-nos uma investigação mais aprofundada das características do preceito no sentido de identificar o caráter como se apresenta no sistema constitucional.

²⁷⁸LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.7 (Coleção Clássicos do Direito). Segundo o autor, “um método simples, possível de praticar sempre que quisermos conhecer o objeto de nossa investigação, consiste na comparação do ‘objeto cujo conceito não conhecemos com outro semelhante, esforçando-nos para penetrar clara e nitidamente nas diferenças que afastam um do outro”.

inconstitucionalidade. Ou é respeitada a regra, não se admitindo a prova ilícita no processo penal, ou se está a descumprir a norma constitucional.

Sérgio Alves Gomes, citando a “magistral pesquisa realizada por Ruy Samuel Espíndola” (*Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.249), ensina:

As regras constitucionais são especificações dos princípios constitucionais. Ou seja: ao lado de outros princípios (menores) de maior densidade semântica, eles especificam a esfera normativo-aplicativa dos princípios (maiores) de menor densidade. Assim, entende-se a estrutura constitucional como um escalonamento normativo-material entre princípios e regras que podem mutuamente se especificar e explicar-se, de cima para baixo ou de baixo para cima, na seguinte disposição: princípios maiores – princípios menores – regras constitucionais.²⁷⁹

Assim, preferimos tomar o preceito constitucional acima citado como regra, decorrente dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da verdade real, que, estes sim, apresentam alto grau de generalidade e abstração, exigindo do intérprete esforço maior para determinação e delimitação de seu conteúdo.

Embora não concebendo o preceito constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita como regra, por outro lado, não afastando a conclusão que ele possa decorrer de outro princípio, no caso, da ampla defesa, Rogério Lauria Tucci expôs que “a garantia da ampla defesa consolida-se, quando ocorrer, seja qualquer for o processo, a conjugação de três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (*comprovação da inculpabilidade*)”.²⁸⁰

²⁷⁹GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.11.

²⁸⁰TUCCI, op. cit., p.207.

3.5 SOLUÇÕES PARA AS POSSÍVEIS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ordenamento jurídico constitui um todo lógico e coerente, sem lacunas nem superabundância de normas aplicáveis a determinado caso concreto, donde decorre a possibilidade de aplicação isolada e automática dos dispositivos legais.

Segundo Marcos Maselli Gouvêa²⁸¹, eis o axioma de que parte a hermenêutica clássica, sob o paradigma de que “a tarefa do jurista limitar-se-ia à subsunção dos acontecimentos concretos aos *fattispecie* descritos na norma, que indicaria, de forma unívoca e clara, as respectivas conseqüências jurídicas”.

Na concepção tridimensional do Direito, a norma constitucional possui um conteúdo axiológico, na medida em que protege direito subjetivo, conferindo a seus titulares o direito de exercê-lo e cobrar a não ingerência de outrem na esfera de suas liberdades públicas.

Luigi Ferrajoli²⁸² lembra que “as condições de validade das leis não dependem apenas da forma de sua produção, mas também da coerência com o conteúdo constitucional”.

No entanto, em virtude dos inúmeros e distintos direitos e interesses que procura tutelar, podem surgir aparentes conflitos decorrentes da interpretação e aplicação do texto constitucional ao caso concreto.

Robert Alexy²⁸³ trata do tema quando aborda a mudança do estudo epistemológico da ciência jurídica, “que deixa de ser meramente explicativa no que tange à divergência entre Constituição e legislação e passa a ser crítica e protetiva em relação ao seu objeto, por exemplo, constatando antinomias e lacunas da legislação em relação aos direitos de liberdade e sociais, para que sejam corrigidas”.

²⁸¹GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.102-103.

²⁸²FERRAJOLI, CARBONELL e ALEXY, op. cit., p.18.

²⁸³ALEXY, op. cit., p.87-95.

Assim, nosso Texto Constitucional, com muito mais razão, por ser analítico e trazer uma elevada carga valorativa em seu texto, tendo em vista os mais diferentes direitos e interesses que visa proteger, descreve inúmeras antinomias, sendo atual e necessária a busca de soluções para sua correção de forma a prejudicar, o mínimo possível, qualquer dos interesses constitucionalmente protegidos em conflito.

Também com essa finalidade, busca-se, num primeiro momento, o estabelecimento de regras de interpretação da Constituição, de forma a jamais negar eficácia e efetividade a quaisquer de suas normas.

Dentre eles, Alexandre de Moraes²⁸⁴, Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire²⁸⁵ citam alguns princípios interpretativos, propostos por Canotilho:²⁸⁶

- a) da unidade da constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições de suas normas;
- b) do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;
- c) da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- d) da justeza ou da conformidade constitucional: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;

²⁸⁴MORAES, op. cit., p.44-45.

²⁸⁵CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.236-238.

²⁸⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed., Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, p. 1.215-1.228.

CAPÍTULO 4

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 CONCEITOS E DISTINÇÕES

Um dos grandes problemas a preocupar o intérprete atual, no tocante à teoria da proporcionalidade, como forma de solução da colisão de direitos fundamentais conflitantes, é o seu conceito aberto. “Sendo a proporcionalidade critério limitador do gozo dos direitos fundamentais, o grande problema é resolver-se em que medida isso é possível, porquanto não se consegue fixar um percentual exato na medição dos interesses em jogo”, dizia Fábio Bittencourt da Rosa²⁹⁶.

Daí a importância das chamadas restrições aos direitos fundamentais.

Robert Alexy, falando sobre o tema, comenta que “a lei fundamental se manifesta com toda clareza quando fala em restrições, limitações, delimitações; [...] porém, os problemas resultam da determinação do conteúdo e alcance permitidos

²⁹⁶ROSA, op. cit., p.5. Nesse mesmo boletim, o editorial trouxe a seguinte mensagem: “O descumprimento de normas fundamentais é perigoso, na medida em que significa um esgarçamento e uma ruptura do tecido social”. Fez-se uma séria crítica à investigação desmesurada, que é realizada mediante “deferimento de mandados de busca e apreensão genéricos, contra moradores de favelas e morros, conferindo aparência de legalidade a verdadeiras invasões, como se nesses locais não houvesse pessoas honestas e trabalhadoras”; escritórios de advocacia etc. Constatou: “Nenhum órgão do Estado tem o direito de praticar o crime sob o pretexto de combatê-lo. Há regras legais a observar. Os códigos estabelecem o modo de operar. As leis determinam as fronteiras do admissível. A Constituição fixa os direitos individuais perante o Estado”. [...] “As prisões espetaculares e as invasões aparatosas de escritórios e estabelecimentos comerciais famosos foram antecedidas por ilegalidade toleradas quando eram praticadas apenas contra pessoas ou grupos vulneráveis do povo, excluídos da sociedade”, que evoluíram numa forma genérica de tolerância à violação dos direitos de todos, indistintamente”. Fala da moda disseminada por quase todo o mundo e que, como a história mostra, durará algum tempo, como a luta contra o terrorismo em suas diversas facetas (“invasão de países; derrubada de governos; prisões em massa; tortura e humilhação de prisioneiros”), cujos poderes para combate são arrogados pelos governos, de forma excepcional, que os acabam utilizando contra os próprios cidadãos (“veja-se o caso da jornalista americana que foi presa porque não concordou em revelar a fonte de informações”). “Nós, operadores do Direito, sabemos o quanto são preciosos os princípios constitucionais que levaram séculos para se consolidar, e não podemos permitir que sejam deturpados, violados, esquecidos” (p.1).

comprovar a prática da extorsão; o filho, vítima de maus-tratos e sevícias, poderia utilizar uma gravação clandestina contra o pai, agressor, em legítima defesa de suas liberdades públicas (liberdade, integridade física); a família do seqüestrado poderia utilizar uma possível “carta confidencial”, remetida pelos seqüestradores do ente querido, para comprovar o seqüestro judicialmente e contribuir para a libertação do seqüestrado, vítima da agressão aos seus direitos humanos fundamentais (liberdade, integridade física etc.).

Leciona o autor acerca do tema:

Não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a *ausência de ilicitude* dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em *legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais*, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo – em *legítima defesa* – a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5., da Carta Magna.³¹⁰

O Supremo Tribunal Federal também acolheu esse entendimento, em seus julgamentos.³¹¹

Nesse caso, é incabível a aplicação do princípio da proporcionalidade – de dimensão mais ampla e subjetiva – na medida em que há uma regra de exclusão da ilicitude consubstanciada na legítima defesa da vítima. Nesse caso, não há o risco de criação de precedentes perigosos em prol de arbitrariedades e abusos de poder na obtenção da prova processual penal em detrimento dos direitos e garantias

³¹⁰MORAES, op. cit., p.130.

³¹¹“Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilcitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício da legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal Federal HC 74.678, DJ de 15/08/1997 e HC 75.261, sessão de 24/06/1997, ambos as Primeira Turma” (STF – Primeira Turma – REextr. N. 212.081-2/RO – Relator Ministro Octávio Gallotti – *Diário da Justiça* – 27/03/1998 – p.23). “É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista” (STF – Pleno – HC n. 75.338-8/RJ – Relator Ministro Nelson Jobim – Decisão de 11/03/1998).

fundamentais dos suspeitos da prática de uma infração penal, uma vez que a legítima defesa tem contornos suficientemente característicos e definidos com precisão pela construção jurídico-penal, os quais devem estar perfeitamente preenchidos e extremos de dúvida para produzirem as consequências jurídicas dela decorrentes.

Aduzindo a respeito das gravações telefônicas não autorizadas, realizadas pela vítima do crime em sua defesa, Eugênio Pacelli de Oliveira³¹² lembra que há justa causa para tanto, consistente no estado de necessidade como causa de justificação da conduta tipificada penalmente; como, em outra situação, poderá consistir na defesa do direito de quem a promoveu.

Nesses casos, a prova deixará de ser ilícita e, assim, não demandará a aplicação do princípio da proporcionalidade, considerado este o método eficaz e adequado de solução de possível colisão de direitos fundamentais (considerado, aqui, a inadmissibilidade da prova ilícita com outro direito ou garantia fundamental).

A inviolabilidade à vida, à integridade física, à liberdade, etc. também são direitos constitucionalmente garantidos a todos os homens, igualmente, pelo caput do artigo 5.º; de forma que quem o ameaça ou viola poderá ser obstado pela vítima ou por terceiro, sob o escopo de uma regra de exceção, prevista no artigo 23 do Código Penal.

No caso, não se falaria em proibição de prova ilícita porque tal regra estaria excluída por uma causa de justificação.

4.4.2 Estado de Necessidade

Outrossim, tem-se falado, ainda, na teoria da exclusão da ilicitude da conduta do réu que, em estado de necessidade, para resguardar o direito de liberdade, por exemplo, obtém prova mediante interceptação telefônica sem autorização judicial.

³¹²OLIVEIRA, op. cit., p.292-293.

Nesse sentido, Paulo Rangel³¹³:

Assim, surge em doutrina a **teoria da exclusão da ilicitude**, capitaneada pelo mestre Afrânio Silva Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. [...] Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.

Eugênio Pacelli de Oliveira³¹⁴, após falar das causas de justificação como meio de exclusão da ilicitude da prova, ressalta que “quando nada, ainda que não afastada a ilicitude, a prova poderia ser aceita já então pelos critérios hermenêuticos da proporcionalidade e/ou da razoabilidade...”.

Não obstante, discordamos do posicionamento adotado pelo autor ante os argumentos expendidos no decorrer deste trabalho.

³¹³RANGEL, op. cit., p.431.

³¹⁴OLIVIERA, op. cit., p.293.

CAPÍTULO 5

A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

5.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O princípio da proporcionalidade, pensado originalmente, remonta à luta histórica dos ideais de garantir a liberdade individual em relação aos poderes e interesses do Estado. Assim, ao falar-se em proporcionalidade, não devemos olvidar a contribuição significativa advinda das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra, nos séculos XVII e XVIII.

Num primeiro momento, talvez em função da inexistência clara de divisão entre os diversos ramos do direito, percebemos que a proporcionalidade teve aplicação no campo administrativo, no sentido de conter os abusos e excessos do poder frente às liberdades individuais, no entanto, voltada para o aspecto punitivo.³¹⁵

Não obstante atribuir-se aos alemães a construção dogmática do princípio da proporcionalidade, foi nos Estados Unidos da América que se desenvolveu, quase meio século antes, a idéia de maior liberdade dos juízes na criação do direito a que se denominou “princípio da razoabilidade”.³¹⁶

Por sua vez, Luiz Roberto Barroso³¹⁷ informa que “o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão”. Diz que a matriz do princípio encontra-se

³¹⁵BECCARIA, op. cit. Ainda, Ernest Forsthoff, no sentido de que a exigência do princípio da proporcionalidade – entendido como exigência de proporcionalidade entre os meios soberanos utilizados pelo Estado nas intervenções na esfera privada dos cidadãos em relação aos fins perseguidos – só cobra sentido no marco da discricionariedade administrativa (Apud BARROS, op. cit., p.206), posição refutada pela Autora com apoio na idéia de vinculação jurídico-material do legislador às normas constitucionais, de forma que a atividade legislativa não está fora do controle judicial.

³¹⁶BARROS, op. cit., p.59.

³¹⁷BARROSO, Os princípios..., op. cit., p.125.

na regra *law of the land* (*Magna Charta*, de 1215), passando pelo desenvolvimento do devido processo legal americano, encontrando positividade, notadamente, nas 5.^a e 14.^a Emendas à Constituição norte-americana.

Porém, foi na fase substantiva do *due process of law*, que perdurou entre 1890 e 1937³¹⁸, que se anunciou o próprio conteúdo do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, com seus princípios estruturais da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Orlando Bittar, citado por Suzana de Toledo Barros³¹⁹, fez dura crítica ao controle de constitucionalidade levado a efeito pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos, mediante a aplicação das emendas quinta e décima quarta e a utilização de *standards*, que, para o autor, “não fixavam dados objetivos e rígidos, mas permitiam que a noção de devido processo legal, como aferidora de legitimidade, passasse a ser estabelecida por convicções subjetivas e plásticas do juiz – pela sua filosofia social, política e econômica, por sua *Weltanschauung*”.

Analisando quatro desses *standards*, explicou-os:

- A) – *rule of expediency* – por ela se deve perquirir se, realmente, eram necessárias as restrições que, pelo poder de polícia, se impuseram aos direitos do indivíduo. Eram requeridas pelo bem público? Sinta-se, por aí, a diafaneidade das lindes. Tal *Standard* é tanto mais importante quanto por ele se julgará da *oportunidade* do ato legislativo. Imagine-se a triagem por tal crivo de toda a legislação social – do período da reconstrução ao New Deal e se aquilatará da projeção assombrosa do controle jurisdicional;
- B) – *balance of convenience* – mais sutil que o primeiro: inquire da *proporção* equitativa entre o grau de intervenção da lei nos direitos dos particulares e a vantagem coletiva superveniente, avaliação ultra-sensível que a Corte fará *in casu*;
- C) – *rule of reasonableness* – que investiga a *racionalidade* e a razoabilidade dos atos. Se a finalidade para a qual a lei foi promulgada era razoável, se não empregados *meios* razoáveis para alcançar o seu objetivo, se tais *meios* guardam uma *proporção substancial* e razoável com os *fins* da lei e se esta não impõe *limitações irrazoáveis* sobre a liberdade de contrato ou os direitos adquiridos (*vested rights*), então a Corte aceitará a lei como expressão legítima e constitucional do poder de polícia. Definindo tal exigência por contraste, o seu *foil*, diríamos na linguagem do teatro, é outra

³¹⁸BARROS, op. cit., p.66-67.

³¹⁹BARROS, op. cit., p.64-66.

correlata – a não *arbitrariedade* da lei: que ela não restrinja a liberdade individual ou o direito de propriedade mais severamente do que o justifique o interesse da comunidade.

A questão da razoabilidade ou arbitrariedade de uma lei não podia ser decidida por um dispositivo constitucional específico ou por qualquer princípio absoluto de direito, dizem Kelly e Harbison. Uma lei razoável era o que parecia sensível, plausível e inteligente *aos juízes que a examinavam*. Que seja política, sensível, plausível ou inteligente é reflexo da filosofia social e econômica do indivíduo – dos seus *standards* de valores. Quando, pois, a Corte aplicava o teste da razoabilidade, ela media a lei *pelas suas próprias atitudes econômicas e sociais*. Se, à luz desses atitudes, a lei parecia inteligente, os JJ. a sustinham; se não – declaravam-na irrazoável, arbitrária e violadora do *due process of law*, portanto inconstitucional.

[...] Não espanta a coima de usurpador da função legislativa lançada sobre o judiciário, enfeixando-se mesmo, depois de 1900, toda a fase substantiva do *due process na rule of reason*: Nos estados democráticos, os homens que decidem se as leis são socialmente oportunas e desejáveis, normalmente têm assento nos corpos legislativos, escrevem Kelly e Harbison (...). O novo *judicial review* fez, assim, da Suprema Corte uma espécie de *terceira câmara* tanto para as legislaturas estaduais como para o Congresso (...). O veto judicial, depois de 1890, constituiu um freio vigoroso sobre a política de toda assembleia legislativa da Nação, freio exercido não somente sob as exigências da Constituição escrita, mas ainda à luz das idéias sociais e econômicas dos JJ. no julgamento. É a era de *negação* sob a cláusula do *due process*, diz o J. Jackson;

- D) – *rule of certainty* – Segundo o qual as leis de política social devem deixar bem claro e certo tudo o que proscrevem ou consentem, sob as sanções certas que indicarem.

Assim, a teoria, ou princípio, da proporcionalidade, desenvolvida na Alemanha e nos Estados Unidos da América, prevista constitucionalmente em Portugal³²⁰, propõe a ponderação (sopesamento, balanceamento) dos interesses em conflito para a constatação de qual valor, no caso concreto, é proeminente e mais relevante e, portanto, deve ser aplicado.

Tal princípio foi adotado tão amplamente por nossos juristas, que parte da doutrina o erige a princípio constitucional implícito³²¹.

³²⁰A Constituição de Portugal, no artigo 18, parágrafo 2, dispõe: “A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e/ou interesses constitucionalmente protegidos”.

³²¹Entre nós, assinalam a constitucionalidade do princípio Gilmar Ferreira Mendes e Luís Roberto Barroso, enquadrando-o na cláusula ampla do devido processo legal (FERNANDES, op. cit., p.56). Dentro desse contexto, Manoel Messias Peixinho leciona que “dos princípios explicitados na Constituição alemã, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu, a partir da interpretação e aplicação desses princípios, outros princípios implícitos, mas de caráter cogente e vinculante da atividade jurisdicional”, dentre eles, “o preceito da proporcionalidade” (PEIXINHO, op. cit., p.139).

De outra feita, Mariângela Gama de Magalhães Gomes³²² comenta que o princípio não está previsto expressamente no que tange ao direito penal³²³, apesar de constar inequivocamente em relação aos diversos outros ramos do direito, citando como exemplos, as normas sociais de proteção ao trabalho, como a que exige proporção entre o valor do salário e a espécie de trabalho desenvolvido pelo assalariado; a norma que determina composição proporcional da Câmara dos Deputados com o número referente à população de cada Estado; normas que determinam que a Administração Pública deve pautar-se pela necessidade na contratação de servidores temporários etc.

O Tribunal Constitucional Alemão tem utilizado os subprincípios do princípio da proporcionalidade – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito – para solucionar tais conflitos, reconhecendo, assim, que o princípio da proporcionalidade é imanente à essência dos direitos fundamentais, que só podem ser limitados conquanto indispensáveis à defesa do interesse público (BverfGE 19, 342, 348 e ss; 35, 382, 401, Starck, op. cit., p.2.532, in GOMES, op. cit., p.37). Contra, Suzana de Toledo Barros (op. cit., p.68-69), aduzindo que nosso sistema não logrou recepcioná-lo, porquanto isso significaria ampliar a noção de devido processo legal que, para nós, tradicionalmente, reportou-se a uma garantia de ordem processual do cidadão. Ato contínuo, menciona que a doutrina americana foi bem recepcionada na Argentina, cuja Suprema Corte adotando o princípio da proporcionalidade, com regularidade, desde 1943.

³²²GOMES, op. cit., p.61-62.

³²³Embora seja freqüente o juízo jurisprudencial de proporcionalidade no âmbito do Direito Penal, como, por exemplo, no caso de crime de bagatela, em que os juízes deixam de condenar, em atenção à categoria e à intensidade da lesão e do bem jurídico coletivamente afetado, reservando o aparelho estatal repressor para questões sociais e jurídicas relevantes. Apud BARROS, op. cit., p.181. Ainda, apenas para ilustrar, acórdão recente proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo em Execução n.º 70011046893, em que foi relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado por unanimidade em 06/04/2005: “Ementa: DIREITO PENITENCIÁRIO. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. NULIDADE – NULA É A DECISÃO QUE REVOGA LIVRAMENTO CONDICIONAL SEM OUVIR A DEFESA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – BASE DO LABOR JURÍDICO. Processo de execução é judicializado, logo toda decisão que desfavorece o apenado deve ser precedida da fala defensiva. A revogação do livramento condicional por falta de apresentação na vara de execução agride a proporcionalidade entre falta (não ir ao Foro) e sanção (ir ao presídio)”.

Logo, conclui que o princípio da proporcionalidade é um princípio geral de direito aplicável não somente nas hipóteses em que é previsto, mas por nortear a hermenêutica constitucional, permeia todo o ordenamento jurídico.³²⁴

Por fim, lembra que, em qualquer caso, seria aplicável sob invocação da regra prevista no parágrafo 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal, que reconhece outros direitos e garantias constitucionais não previstos, porém decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.³²⁵

Ainda, Suzana de Toledo Barros³²⁶ comenta que “o princípio da proporcionalidade tem de ser entendido no quadro dos direitos fundamentais”, havendo de ser “considerado ao lado de outros princípios também extraídos da natureza desses direitos, como o da proteção do núcleo essencial e o da concordância prática”.

Outrossim, Paulo Bonavides³²⁷ esclarece que o problema da sede material do princípio da proporcionalidade ficou sujeito a oscilações, não tendo a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha resolvido o problema:

Primeiro, buscou-se derivá-lo da garantia da intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; a seguir, inclinaram-se os arestos do Tribunal Constitucional para uma fundamentação ora a partir dos direitos fundamentais, ora a partir do Estado de Direito, prevalecendo, após alguma vacilação, o parecer de último dominante e, por sem dúvida mais correto, segundo o qual é mesmo no Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação.

Assim, o princípio da proporcionalidade permeia entre a essência dos direitos fundamentais e a própria concepção de Estado de Direito; no entanto, não há dúvida

³²⁴GOMES, op. cit., p.62. Nesse sentido, também, BARROS, op. cit. Dentro do contexto do direito comparado, comenta a autora, citando Nicolas Gonzalez Cuellar-Serrano, que a Espanha é exemplo de país que elevou o princípio da proporcionalidade à categoria de princípio geral do direito, na medida em que reconhece a possibilidade de exame judicial do ato estatal desnecessário, inadequado ou desproporcionado.

³²⁵GOMES, op. cit., p.63.

³²⁶BARROS, op. cit., p.211.

³²⁷BONAVIDES, op. cit., p.402.

da indissociabilidade de ambas as idéias, posto, como disse Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade é concretizado a partir do cânone do Estado de Direito.³²⁸

No mesmo sentido, Antonio Scarance Fernandes³²⁹, segundo quem “a idéia de proporcionalidade sempre esteve presente no Direito, [...] sendo muito antiga, bastando lembrar a famosa Lei do Talião. O que dá realce ao princípio da atualidade é o fato de constituir construção destinada a proteger o indivíduo contra abusos do Estado e ter obtido consagração constitucional”.

Claro que, se se intervém em favor de um ou outro direito mediante o princípio da proporcionalidade, é que se objetiva exatamente a não supressão de qualquer deles.

Por todos os motivos expostos, podemos dizer que o princípio da proporcionalidade exerce função primordial na Teoria Constitucional contemporânea, sendo de aplicação necessária nas hipóteses de colisão e restrição de direitos fundamentais.³³⁰

5.2 CONCEITO

Cunhado com diversas denominações (ponderação, concordância prática, razoabilidade, *balancing* etc), a teoria da proporcionalidade ocupa lugar de destaque na atual jurisprudência como instrumento de solução dos conflitos entre direitos e garantias constitucionais.

Os americanos falam em razoabilidade.³³¹

³²⁸BONAVIDES, op. cit., p.401.

³²⁹FERNANDES, op. cit., p.55.

³³⁰CLÈVE e FREIRE, op. cit., p.238.

³³¹Suzana de Toledo Barros (op. cit., p.71), lembra que, para os americanos, a proporcionalidade poderia ser tida como aspecto da razoabilidade na medida em que a própria razoabilidade das leis tem significado maior do que um juízo de necessidade, adequação e justa medida das restrições impostas; contemplando um juízo de adequação dos valores eleitos pelo legislador como fator de restrição ou *discrímen* e aqueles aceitos pela sociedade.

Discorrendo acerca da ponderação no Direito Penal e sobre a razoabilidade, Mariângela Gama de Magalhães Gomes³³² cita Giuseppe Lombardo, nesse sentido:

O juízo de razoabilidade diz respeito a uma ponderação de todos os interesses envolvidos a fim de se decidir acerca da adoção de determinada medida, ao passo que o juízo de proporcionalidade refere-se à medida da intervenção, e implica uma análise comparativa (do tipo 'quantitativa') entre o sacrifício imposto ao indivíduo e o interesse público perseguido. A aplicação destes dois princípios, por parte de um controle jurisdicional das decisões, vale-se de um esquema de juízo de valor, com semelhanças significativas no método: na aplicação do princípio da razoabilidade, é valorada a ponderação dos interesses realizada para verificar se na medida foram consideradas adequadamente todos os interesses envolvidos, enquanto na aplicação do princípio da proporcionalidade avalia-se a ponderação dos interesses (que já são tidos como legítimos) com a medida da intervenção. Assim, clara é a diversidade do objeto do juízo: a aplicação do parâmetro da proporcionalidade ocorre num momento logicamente posterior ao juízo da razoabilidade. O referido autor salienta, ainda, que o juízo de proporcionalidade diz respeito à medida da intervenção e não se refere à escolha discricionária. Tal escolha é já dada e valorada, em termos de razoabilidade, no âmbito de uma relação envolvendo múltiplos interesses, onde o juízo de proporcionalidade insere-se, principalmente, numa relação autoridade/liberdade como análise custos/benefícios (Giuseppe Lombardo. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1997, p.891).

Outrossim, a razoabilidade, por vezes, é utilizada como racionalidade.

Sobre isso, também disserta Mariângela Gama de Magalhães Gomes³³³:

Cabe destacar a diferença existente entre o significado de razoabilidade e racionalidade, conceitos diversos que não podem ser confundidos quando se trata de verificar a pertinência das normas incriminadoras. Enquanto a razoabilidade é a racionalidade entendida como elemento de equilíbrio e de medida, a racionalidade é a qualidade de quem é provido de razão, ou a conformidade a uma ordem ou a um critério racional. A racionalidade da lei diz respeito aos problemas da coerência e da não contradição, enquanto a razoabilidade mede-se em relação ao princípio da oportunidade, ao bom uso do poder, ao exercício de um certo grau de discricionariedade.

Os alemães utilizam o termo proporcionalidade ou proibição de excesso, porquanto a atividade legislativa é vinculada a limites formais e materiais e o vício de inconstitucionalidade, seja por atuar além da autorização constitucional seja por

³³²GOMES, op. cit., p.38.

³³³GOMES, op. cit., p.38.

permitir invasão ou restrição indevida na esfera de direitos ou liberdades fundamentais, redundaria em excesso.

No entanto, Luís Roberto Barroso lembra que o princípio da proporcionalidade guarda relação de fungibilidade com o da razoabilidade, conceituando este como “um parâmetro de valorização dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.³³⁴

O Supremo Tribunal Federal, em 1993, empregou pela primeira vez o princípio da proporcionalidade em sede de controle de constitucionalidade quando deferiu liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense n.º 10.248, de 14/01/93, ocasião em que fez referência expressa no corpo da ementa da expressão razoabilidade.³³⁵

Segundo observou Suzana de Toledo Barros³³⁶, o principal campo de atuação do princípio da proporcionalidade é o dos direitos e garantias fundamentais, razão por que as manifestações do Poder Público devem render-lhe obediência.

O princípio, aceito também pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, constituiu-se em instrumento utilíssimo a serviço da efetividade dos direitos fundamentais e, especialmente, da liberdade, conforme lição de Antonio Scarance Fernandes³³⁷, que lhe atribui *status* constitucional, porquanto relacionado com outros, como o da proteção dos direitos fundamentais da liberdade, da justiça, da personalidade, da integridade física, da supremacia do estado Democrático de

³³⁴BARROSO, Os princípios, op. cit., p.128.

³³⁵“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, par. 2.º, e 238, além de violação ao *princípio da proporcionalidade e razoabilidade* das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida” (STF – Pleno – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgado em 01/07/93).

³³⁶BARROS, op. cit., p.30.

³³⁷FERNANDES, op. cit., p.55-56.

Direito e da implementação das garantias asseguradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

E, citando Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex, 1990, capítulos 5 e 6), conclui, dizendo que o princípio da proporcionalidade complementa o da reserva legal e reafirma o Estado de Direito.³³⁸

Como salientamos outrora, Robert Alexy³³⁹ faz a distinção entre regras e princípios constitucionais, atribuindo-lhes, conseqüentemente, diferentes hipóteses de soluções para os conflitos que podem resultar de sua colisão com outros princípios e regras de conflitos.

Assim é que concebe a ponderação como o instrumento válido e eficaz para a solução de colisões entre princípios.

Leciona nesse sentido:

Quando os princípios entram em colisão, um dos princípios tem de ceder ante o outro. Isso não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado haja introduzido uma cláusula de exceção; mas que, sobre certas circunstâncias, um princípio precede o outro, sobre outras, a precedência inverte-se – é a chamada *relação de precedência condicionada*. Enquanto os conflitos de regras se resolvem no âmbito da validade, os dos princípios resolvem-se no âmbito do maior peso que um, no caso concreto, tem sobre o outro, já que todos os princípios são sempre válidos.

³³⁸FERNANDES, op. cit., p.56. Oportuno lembrar, aqui, que o princípio vem sendo adotado amplamente por nossos Tribunais. Recentemente serviu de fundamento em acórdão proferido pelo Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, ao decidir que a revogação do livramento condicional concedido ao agravante por este não ter se apresentado em Cartório, sem oitiva da Defesa, feria o princípio do contraditório e da ampla defesa, posto que não haveria boa equação entre o que ele fez (ir ao fórum) e o resultado (ir ao presídio). No voto, afirmou que “o princípio da proporcionalidade está na base de todo o labor jurídico – diria que mais que princípio do direito é princípio de vida”. Confira-se: Agravo em Execução n.º 70011046893 – Quinta Câmara Criminal – Relator: Amilton Bueno de Carvalho – unânime – Julgado em 06/04/2005. Ementa: “DIREITO PENITENCIÁRIO. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. NULIDADE – NULA É A DECISÃO QUE REVOGA LIVRAMENTO CONDICIONAL SEM OUVIR A DEFESA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – BASE DO LABOR JURÍDICO. Processo de execução é judicializado, logo toda decisão que desfavorece o apenado deve ser precedida da fala defensiva. A revogação do livramento condicional por falta de apresentação na vara de execução agride a proporcionalidade entre falta (não ir ao Foro) e sanção (ir ao presídio)”.

³³⁹ALEXY, op. cit., p.90-95.

Alexy exemplifica, ainda, a aplicação de tais soluções em dois casos julgados pelo Tribunal Constitucional Federal.³⁴⁰

5.3 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS (ELEMENTOS OU SUBPRINCÍPIOS ESTRUTURAIS)

A doutrina aponta dois pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: o formal, da legalidade, pelo qual a restrição a direito individual não poderia ser admitido sem lei prévia, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita; e outro, de natureza material, que é a justificação teleológica, segundo o qual a restrição a direito individual somente se justifica se tiver por objetivo efetivar valores constitucionalmente relevantes.

³⁴⁰O primeiro dizia respeito à incapacidade processual, em que dois direitos entraram em conflito – o dever do Estado de garantir a adequada aplicação do direito penal, que previa a realização de audiência oral e, de outro lado, a salvaguarda do direito constitucionalmente garantido do acusado que, devido a uma doença, correria o perigo de sofrer um infarto em caso de realização de audiência oral. O caso foi resolvido por meio da ponderação dos interesses opostos: se essa ponderação deu como resultado que o interesse do acusado de opor-se à intervenção estatal teve, no caso concreto, um peso manifestamente maior que o daquele interesse estatal à intervenção, então, a intervenção violou o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que derivava do artigo 2, parágrafo 2, frase I da Lei Fundamental. Aqui, Alexy formula a *lei de colisão*: as condições sobre as quais um princípio prece a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente (op. cit., p.90-95).

O segundo foi o caso Lebach: o Segundo Programa de Televisão (ZDF) projetava a emissão de um documentário chamado 'o assassinato de soldados em Lebach', no qual quatro soldados da guarda de um depósito de munições do exército federal em Lebach foram assassinados enquanto dormiam e se subtraíram armas para a prática de outros delitos. Uma pessoa condenada como cúmplice a esse crime e que estava em vias de deixar a prisão entendeu que a transmissão, na qual ela era expressamente mencionada e aparecia fotografada, violava seu direito fundamental do artigo 1, parágrafo 1 e do artigo 2, parágrafo 2, frase 1 da Lei Fundamental, sobretudo porque fazia perigar sua ressocialização. Os Tribunais Provincial e Provincial Superior não aceitaram o pedido; tendo sido apresentado recurso de inconstitucionalidade. O Tribunal analisou a questão em três graus: em primeiro grau, constatou uma situação de tensão entre a proteção da personalidade (LF, art. 2.º, § 2.º em conexão com art. 1.º, § 1.º) e a liberdade de informação (LF, art. 5.º, § 1.º, frase 2); em segundo grau, constatou a precedência geral da liberdade de informação atual da emissora sobre fatos delitivos; e, em terceiro grau, decidiu que, a repetição de uma informação televisiva que não correspondia a um interesse atual de informação sobre um delito grave e que punha em risco a ressocialização de seu autor, estava iusfundamentalmente proibida frente a precedência da proteção da personalidade daquele autor" (op. cit., p.95-98).

No desenvolvimento da teoria da proporcionalidade, foram construídos também seus elementos – também denominados requisitos intrínsecos ou subprincípios estruturais –, no sentido de que, sendo limitado o poder, a restrição a direito individual, em face da Constituição, pelo órgão julgador, só seria justificada por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor protegido em face do restringido (proporcionalidade em sentido estrito), que, em tese, dariam a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida por seus aplicadores.

Além desses, há os requisitos extrínsecos do princípio, conhecidos como judicialidade e motivação, no sentido de que a restrição aos direitos constitucionais fundamentais seja imposta por juiz mediante decisão fundamentada.³⁴¹

a) Princípio da adequação ou da idoneidade:

Trata-se de um julgamento sobre a pertinência lógica da relação meio-fim.³⁴² A indagação a ser feita nessa fase de análise da proporcionalidade é: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?

Não se admitirá o ataque a um direito do indivíduo se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido.³⁴³

A doutrina menciona, dentro desse sub-princípio, a razoabilidade *interna*, caracterizada pela existência de uma reação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins; e a razoabilidade *externa*, consistente na adequação³⁴⁴ aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional.

³⁴¹Conferir, nesse sentido, Antonio Scarance FERNANDES, op. cit., p.56-57.

³⁴²BARROS, op. cit., p.79.

³⁴³FERNANDES, op. cit., p.57. Cita, como exemplo, a inadequação da prisão preventiva (meio) de alguém para garantir a futura aplicação da lei penal (resultado pretendido) se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta não seria privativa de liberdade ou, se o fosse, seria suspensa.

³⁴⁴Sobre se a adequação deve ser total ou basta ser parcial, Pedraz Penalva, com apoio na jurisprudência constitucional alemã, admite adequação parcial, aduzindo que o juízo de adequação se faz tendo em vista o caso concreto, sendo do conhecimento geral que a lei constitui apenas previsão

Qualquer outra indagação, como acerca da eficácia do meio ou do meio melhor para o atingimento do fim colimado, sai da órbita da adequação ou idoneidade e adentra no âmbito da necessidade, outro sub-princípio a ser analisado a seguir.

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano³⁴⁵ ensina que a adequação deve ser verificada empiricamente, de maneira objetiva e subjetiva. Objetiva, quanto à adequação qualitativa – a medida deve ser hábil ao atingimento do fim colimado – e quanto à adequação quantitativa – a duração ou intensidade da medida deve ser condizente com a sua finalidade³⁴⁶; e subjetiva, dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias exigíveis para sua atuação³⁴⁷.

Luiz Roberto Barroso, citado por Paulo Armínio Tavares Buechele³⁴⁸, falando sobre a proporcionalidade no âmbito normativo, distingue entre “razoabilidade interna” e “razoabilidade externa”, nos seguintes termos:

...havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente. Suponha-se, por exemplo, que, diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade de vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não-residente que não fosse capaz de provar estar apenas

abstrata quando de sua edição, sendo que, com o tempo e sua aplicabilidade, vão-se tornando conhecidas suas vicissitudes. Cita, a título de exemplo, uma jurisprudência alemã em que se decidiu pela constitucionalidade de uma lei tributária após considerar tempo exíguo demais entre sua edição e a sentença, de modo a perquirir se efetivamente foram atingidos os fins colimados pelo legislador quando de sua elaboração (BARROS, op. cit., p.79).

³⁴⁵Citado por Antonio Scarance FERNANDES, op. cit., p.57.

³⁴⁶Suzana de Toledo Barros menciona a pertinência lógica entre a duração da medida restritiva e a finalidade para que foi imposta como inserta no sub-princípio da necessidade, exemplificando, no que tange às medidas cautelares penais, a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal (CF, art. 5.º, inc. XII). Aduz que o legislador deve fixar quantitativamente o tempo máximo de uma excepcional medida de restrição a direito fundamental sob pena de aniquilar-se a garantia constitucional restringida (BARROS, op. cit., p.82).

³⁴⁷Conferir Antonio Scarance FERNANDES, op. cit., p.57.

³⁴⁸Apud ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.120-121.

em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habilitações e equipamentos urbanos (fim). Norma desse teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste da razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros etc.

b) Princípio da necessidade ou da exigibilidade

O sub-princípio da necessidade ou exigibilidade da medida tem como sinônimos o “princípio da menor ingerência possível”, “intervenção mínima”, “alternativa menos gravosa”, “subsidiariedade” ou “proibição do excesso”.³⁴⁹

Quer significar que os meios utilizados para alcançar os fins visados devem ser os menos onerosos possíveis ao lesado.³⁵⁰

Isso quer dizer que a medida restritiva de direitos fundamentais tem de ser indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, porém, menos gravosa.³⁵¹

Citando Maunz/Duerig, Paulo Bonavides arremata que o princípio parcial da necessidade pode também ser entendido como o princípio da escolha do meio mais suave.³⁵²

A fundamentação judicial, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, no que tange à necessidade ou exigibilidade, traduzir-se-á num juízo positivo: o juiz deverá indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado.³⁵³

³⁴⁹Conferir: Suzana de Toledo BARROS, op. cit., p.57-58.

³⁵⁰Se, em virtude de uma imputação, for possível demonstrar o fato por meio de prova menos gravoso, como um documento a ser requisitado a um órgão público ou a uma instituição financeira, não se justifica a determinação de uma busca domiciliar ou de uma quebra de sigilo telefônico ou bancário, conforme exemplo citado por Antonio Scarance Fernandes (op. cit., p.58).

³⁵¹BARROS, op. cit., p.81.

³⁵²BONAVIDES, op. cit., p.397.

³⁵³BARROS, op. cit., p.82.

Esse subprincípio traz, em si, o primeiro, da adequação, porquanto, no dizer de Gilmar Ferreira Mendes, “apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.³⁵⁴

Também, aqui, é importante o registro de outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática do princípio, dada sua natural relatividade, mencionados por Francisco Fernandes de Araújo³⁵⁵:

a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade *espacial* aponta par a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade *temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; d) a exigibilidade *pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.

c) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Na proporcionalidade em sentido estrito está a ponderação propriamente dita entre o ônus imposto e o benefício trazido à esfera de direitos dos cidadãos.

Assim, remontando a Robert Alexy, percebemos que a ponderação, elemento básico do princípio ora estudado, é possível quando há uma esfera de decisão discricionária pelo aplicador da norma, que se encontra entre dois ou mais direitos possíveis de serem protegidos no caso concreto. Aqui, tem-se a idéia de equilíbrio entre valores e bens.

Alexy identifica o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito com o método da ponderação de bens, tornando-se necessário verificar a relação de precedência entre os princípios em tensão.³⁵⁶ Elabora, portanto, a chamada “lei da

³⁵⁴Apud BARROS, op. cit., p.82.

³⁵⁵ARAÚJO, op. cit., p.121.

³⁵⁶CLÈVE e FREIRE, op. cit., p.239.

ponderação”, nesses termos: “Quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro”.³⁵⁷

Explica que os princípios, tomados em si mesmos, podem conduzir a uma contradição, um deles limitando a possibilidade jurídica de cumprimento do outro. Ressalta que a situação não é solucionada com a declaração de invalidade de um dos princípios ou com a introdução de uma regra de exceção em um deles de forma que, em todos os casos futuros, esse princípio tenha de ser considerado como regra, satisfeita ou não. A melhor solução consiste em estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada, em determinadas circunstâncias: “tomando-se em conta o caso, indicam-se as condições sobre as quais um princípio precede a outro; sobre outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”.³⁵⁸

Pierre Müller informa que quem utiliza o princípio se defronta com uma obrigação – de fazer uso de meios adequados – simultaneamente a uma interdição – quanto ao uso de meios desproporcionados.³⁵⁹

³⁵⁷ALEXY, op. cit., p.161: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”.

³⁵⁸ALEXY, op. cit., p.91-92: “*Tomados em si mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión más bien es que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente*”.

³⁵⁹Apud BONAVIDES, op. cit., p.398.

Sobre o princípio assim se manifestou Suzana de Toledo Barros³⁶⁰:

Isso quer dizer que o juiz quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro. [...] A diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está, portanto, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas”.

A mesma autora³⁶¹ diz, no entanto, que “a proporcionalidade em sentido estrito não indica a justa medida do caso concreto, que há de ser inferida a partir da ponderação de bens, na qual o juízo de valoração é bastante amplo”. Menciona, por isso, “a tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito”.

Assim, citando Ernesto Pedraz Penalva³⁶², a Autora revela que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha criou três critérios, com o objetivo de constituir o princípio em idéias objetivas de justa medida, mediante os quais faz a ponderação entre os meios e os fins em se tratando de direitos fundamentais: a) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar

³⁶⁰BARROS, op. cit., p.85-86.

³⁶¹BARROS, op. cit., p.87-88.

³⁶²BARROS, op. cit., p.88-89.

uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida teria preferência ao direito de propriedade)”.³⁶³

Acerca desse subprincípio, tem-se em conta a “ponderação”, a relação “custo-benefício”: leva-se em conta a adequação e a necessidade da opção feita, mas, ainda, as vantagens ou desvantagens que a medida acarreta para os envolvidos.³⁶⁴

5.4 APLICAÇÃO ÀS PROVAS DERIVADAS DAS ILÍCITAS

Antonio Scarance Fernandes³⁶⁵ salienta que é bastante discutida a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal, essencialmente no que se refere ao tema da prova ilícita.³⁶⁶

Embora com a prova procura-se chegar o mais próximo possível da verdade, não há uma verdade absoluta, senão aquela demonstrada nos autos segundo o consenso coletivo. Portanto, ao invés de buscar a verdade real a qualquer custo, mais está adequada ao nosso sistema de liberdades públicas a produção de prova segundo os ditames da Constituição e das leis, devendo os Juízes zelar pela manutenção dessas garantias constitucionais.

Ada Pellegrini Grinover, citando autores como Rafael Bielsa, Quintana e Pound, comenta que o princípio dilui-se num conjunto de proposições com dimensões

³⁶³BARROS, op. cit., p.89. Menciona, ainda, que “a consideração de outros princípios, como o da concordância prática e da proteção do núcleo essencial, limitam sobremaneira a atividade judicial, de modo a impedir uma precipitada ponderação de bens no caso concreto, garantindo um criterioso controle da proporcionalidade em sentido estrito das medidas restritivas de direito”.

³⁶⁴ARAÚJO, op. cit., p.125.

³⁶⁵FERNANDES, op. cit., p.59.

³⁶⁶Diz que não se trata de discutir se o princípio deve ser utilizado apenas em favor do réu ou também em prol da acusação, mas de analisar a questão da seguinte maneira: a afirmação do princípio foi no sentido de garantir o indivíduo contra os excessos na atuação dos órgãos detentores do poder, buscando encontrar a medida adequada, necessária e justa; então, trata-se de verificar, no caso concreto, se a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face do valor maior a ser protegido (FERNANDES, op. cit., p.59).

subjetivas: é razoável o que esteja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.³⁶⁷

Assim explica Gomes Filho³⁶⁸:

Em outras palavras, a prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita no processo, até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de conflitos sociais; e, para que essa finalidade última seja alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se.

Nesse sentido, Tourinho Filho:

Assim, não há, em princípio, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão-somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E porque não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.

Em que pesem opiniões diversas³⁶⁹, comungamos do entendimento daqueles segundo os quais o preceito constitucional que não admite prova obtida por meio ilícito deve ser cumprido, posto que fática e juridicamente possível, constituindo-se numa norma proibitiva imposta diretamente pela Constituição, visando a licitude do procedimento penal, que não poderia ser descumprida sob pena de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, aplicação da regra de exclusão da prova assim produzida.

Segundo Oswaldo Trigueiro Valle Filho, a proibição de provas ilícitas conforma uma máxima que o legislador constitucional quis ver integrado numa nova postura

³⁶⁷GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.128-129.

³⁶⁸GOMES FILHO, op. cit., p.18.

³⁶⁹GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p.119. Também, Vicente GRECO FILHO, Celso Ribeiro BASTOS e Yves Gandra MARTINS, citados por Antonio Scarance FERNANDES, op. cit., p.93.

do processo, dispositivo lançado pelo próprio ordenamento constitucional em sua autodefesa em razão do núcleo essencial consistente na “dignidade humana”.³⁷⁰

5.4.1 Argumentos Contrários à Utilização do Princípio da Proporcionalidade como Instrumento Apto à Admissão da Prova Derivada da Ilícita *Pro Societate*

Por vezes, grassa na jurisprudência pátria a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento apto à admissibilidade da prova processual penal derivada da ilícita quando, no confronto entre os direitos individuais e os coletivos, na maioria das vezes substanciado na segurança pública, estes revelam prevalência na efetivação dos direitos fundamentais.

Evidente que o princípio da proporcionalidade, como meio adequado para solução dos conflitos entre direitos fundamentais, poderá ser utilizado para o sopesamento de determinados problemas que se apresentarem em forma de colisão de direitos fundamentais, ocasião em que será considerado, e aplicado, o interesse prevalente. Nesse caso, poder-se-ia argumentar apenas no que diz respeito às provas derivadas das ilícitas, a respeito das quais não existe qualquer restrição constitucional expressa dirigida ao seu intérprete ou aplicador.

Em primeiro lugar, há a crítica de alguns doutrinadores ao princípio da proporcionalidade por oferecer margem ao subjetivismo e ao decisionismo judiciais, pelo qual o juiz poderia manipular a ponderação de valores processuais penais constitucionais conforme sua livre convicção, atribuindo o peso dado a cada valor segundo uma pauta sem qualquer apoio em princípios metodológicos, o que conduziria a resultados incontroláveis. Nessa linha de pensamento encontra-se Friedrich Müller, para quem “a ponderação oferece um padrão lingüístico cômodo,

³⁷⁰VALLE FILHO, op. cit., p.295.

conduzindo a juízos de valor subjetivos de uma justiça do caso, a qual poderia ser, nos quadros do Estado de Direito, subsequente generalizada”.³⁷¹

Ademais, é possível imaginarmos que a admissibilidade de utilização de provas derivadas das ilícitas, no processo penal, com base apenas no arbítrio judicial, nestes tempos de crise generalizada por que passa a segurança pública, externa e interna, poderia abrir precedentes perigosos à opressão e perseguição insanas a supostos “bandidos” e “criminosos”, termos freqüentemente preconizados pela mídia nacional e que influencia e fomenta a caça insana aos supostos culpados.

Ocorre que, para parte da doutrina, o argumento simplista do subjetivismo e arbítrio judiciais em face da ponderação é superável, pois o seu exercício é realizado levando-se em conta os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; mediante os quais o aplicador desenvolve toda uma argumentação plausível pela preponderância de um princípio em relação a outro, tornando a decisão racionalmente motivada.

No entanto, o tema não está isento de críticas, na medida em que a doutrina teme a relativização da segurança jurídica e, ainda, a transferência da valoração técnico-social do legislador para o juiz.³⁷²

Daí lembrar Suzana de Toledo Barros que “o contexto atual reclama cada vez mais tarefas do legislador, mesmo em relação aos clássicos direitos de liberdade, exatamente para garantir-lhes a efetividade desejada”.³⁷³

Evidente que os direitos e garantias constitucionais são relativos e podem ser balizados em ordem de precedência dos valores que agregam, porém, não podemos olvidar que a utilização indiscriminada do princípio da proporcionalidade para justificar a intervenção indevida do Estado na esfera das liberdades públicas, seja promovendo

³⁷¹Apud BARROS, op. cit., p.173, mencionando a obra de Karl LARENZ.

³⁷²BARROS, op. cit., p.27.

³⁷³BARROS, op. cit., p.101.

a obtenção ilícita de prova processual penal seja admitindo, no processo penal, a produção de prova maculada com a ilicitude originária, obtida por particulares³⁷⁴, afrouxa a garantia constitucional pela insegurança jurídica que acarreta além de aniquilar, no caso concreto, a presunção de legitimidade dos atos do Estado que, monopolizando a administração da justiça para evitar que esta fosse feita indiscriminada ou forçadamente pelos particulares, não pode, ele próprio, deixar de cumprir com uma determinação constitucional de licitude na administração da justiça.

Há autores que, admitindo a utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de colisão entre direitos fundamentais diversos e a inadmissibilidade da prova ilícita, não negam a preponderância da necessidade de resguardo da segurança pública consubstanciada na repressão à criminalidade, justificando o entendimento com o princípio da isonomia.³⁷⁵

Não se pode olvidar, no entanto, que as garantias processuais penais foram elevadas à categoria de princípios constitucionais exatamente para garantir a efetivação da tão desejada liberdade e igualdade entre os homens. Na medida em que se limitou o *jus puniendi* por meio de outorga de direitos fundamentais de liberdade a todos os homens, tentou-se colocá-los numa posição de igualdade, entre si e de todos frente ao Estado.

³⁷⁴Antonio Scarance FERNANDES (op. cit., p.92) informa que “pretendendo por fim ao dissenso na doutrina e na jurisprudência, o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI). Pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar de atividade desenvolvida por particular”. Cita, em nota de rodapé, que “o STF (RE 251.445-GO, *Informativo* 157) considerou ser prova obtida por meio ilícito e, por isso, inadmissível a resultante de furto realizado por menor em consultório odontológico. Foram subtraídas fotografias que, entregues à Polícia, serviram para instruir inquérito e processo criminal”.

³⁷⁵Barbosa Moreira entende que a invocação do princípio da proporcionalidade também pode servir à acusação, justificando-se com o princípio da isonomia, principalmente em razão da crescente criminalidade organizada (FERNANDES, op. cit., p.94).

Meramente ilusória, portanto, na prática, a negativa da seletividade do Direito Penal, que também é do Direito Processual Penal.³⁷⁶

Discorrendo especificamente sobre as formas de incivilidade, consideradas campos negativos que impedem a consolidação democrática, como o baixo controle da sociedade política pelas não-elites; o não-Estado de Direito para as não-elites, conjugada com um não-acesso à justiça; um aparelho de Estado não-responsabilizável pelas diversas formas de violências e arbitrariedades etc.; Paulo Sérgio Pinheiro³⁷⁷ conclui que:

O que chama a atenção na América Latina, e particularmente no Brasil, por causa de sua dimensão, é que essas formas de incivilidade se abatem de preferência sobre as maiorias que constituem as populações pobres e miseráveis, precisamente aqueles setores que são os alvos do arbítrio, da criminalização e da discriminação. O Estado, as classes dominantes, as elites não asseguram para essas populações as condições básicas para a realização e efetivação dos direitos humanos. [...] O retorno ao constitucionalismo democrático pouco fez para erradicar as práticas autoritárias presentes no Estado e na sociedade. Apesar da proteção constitucional, a violência ilegal continua. Governos civis falharam em controlar o abuso de poder e em lutar contra a impunidade. Como resultado do fracasso das democracias na América Latina em refrear a polícia com a imposição de maiores controles civis, um dos sinais mais visíveis é a ocorrência de práticas abusivas freqüentes contra suspeitos e prisioneiros. Um dos maiores fracassos dos novos Estados democráticos é a sua incapacidade de por fim ao tratamento cruel de criminosos comuns encarcerados. A tortura em investigações policiais e as condições abomináveis das prisões na maioria dos países da América Latina estão ainda presentes, após as transições políticas.

Oportuno lembrar, ainda, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁷⁸, quando, ao falar sobre as diversas formas de ameaça à segurança nacional, deixa claro que, dentre elas, está a “deliquescência do poder derivada da desmoralização dos governos por força da corrupção inextirpada e recorrente”, e, logo após, ao tratar especificamente da criminalidade violenta paralelamente ao narcotráfico, sugere que

³⁷⁶RAMOS, J. G. G., **A tutela...**, p.205.

³⁷⁷MÉNDEZ E. Juan; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). **Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina**. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.12 e 15.

³⁷⁸FERREIRA FILHO, **Aspectos...**, op. cit., p.152-153.

“tal criminalidade é, por um lado, um reflexo da miséria de vasto setor da população, o que reclama medidas sociais que eliminem esse fator criminogenético”.

Por outro lado, ao analisarmos os princípios parciais da proporcionalidade, veremos ser injustificável sua utilização para admissão de prova ilícita pelo Estado titular da persecução penal.

Primeiro, pela inconstitucionalidade da prova que, por ser ilícita, não se presta a provar o fato e a autoria com vistas à repressão criminal, haja vista que o princípio foi cunhado especialmente para evitar ingerências indevidas do Estado, persecutor penal, na esfera dos direitos fundamentais do homem. É, portanto, inidôneo ao fim a que se propõe, porquanto ao Estado não é facultado respeitar os direitos e garantias fundamentais durante o exercício do *jus puniendi*, mas lhe é obrigatória essa submissão, diante do princípio da legalidade, do qual decorre o de presunção de legitimidade de seus atos e, ainda, diante do direito de liberdade, bem maior em evidência no processual penal.

Outrossim, o meio ilícito em hipótese alguma será exigível do Estado na persecução criminal, como decorrência lógica dos princípios acima mencionados. De fato, o meio não será necessário na medida em que os órgãos estatais, encarregados da investigação e persecução penal, têm a sua disposição outros meios igualmente eficazes, mas que seriam não-prejudiciais ou portadores de uma limitação menos perceptível a direito fundamental³⁷⁹.

Revela Vicente Greco Filho³⁸⁰, com efeito, que a admissibilidade da prova ilícita poderia encorajar à ilicitude, na medida em que o resultado da prova, se válido, poderia justificar a condenação; além de argumentar no sentido de que a própria

³⁷⁹ ARAÚJO, Francisco Fernandes. *O Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 118. Cita a lição de Willis Santiago GUERRA FILHO (*Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 27) acerca do subprincípio da necessidade ou exigibilidade de aplicação.

³⁸⁰ GRECO FILHO, *Direito processual...*, op. cit., p.47-48.

legislação prevê os mecanismos adequados para a obtenção coativa da prova, dos quais são exemplos a condução coercitiva de testemunha, busca e apreensão, exibição de documento ou coisa etc.³⁸¹

Assim, considerando que o subprincípio da exigibilidade impõe que “o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado, e, havendo mais de um meio, dentro do *faticamente possível*, deve ser escolhido aquele que traga menos prejuízos”³⁸², certo é que o Estado, como titular do poder de investigação criminal e como titular do *jus puniendi*, tem a sua disposição inúmeros meios eficazes e legítimos para a repressão do crime, não devendo, para tanto, lançar mão de provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, com violação de direitos e garantias instituídas constitucionalmente em favor da pessoa contra o arbítrio do Poder.

Por fim, não haveria proporcionalidade entre a ilegalidade praticada pelo Estado no exercício do *jus puniendi*, por meio da obtenção de provas ilícitas com vistas à repressão do suspeito da prática de um ato criminoso, e a restrição arbitrariamente imposta aos direitos e garantias fundamentais do investigado ou acusado em processo penal. Conforme exaustivamente demonstrado neste trabalho, a justiça penal não pode ser realizada a qualquer preço, pois na medida em que se protege um homem, toda a sociedade estará protegida contra a fúria do *jus puniendi*.

Reportando-se ao magistério de José Frederico Marques, Rogério Lauria Tucci³⁸³ arremata:

³⁸¹Cf., a respeito, RAMOS, J. G. G., **A tutela...**, op. cit., p.257-310. Cita, como exemplos de medidas instrutórias de urgência, legítimas, o inquérito policial, o auto de prisão em flagrante, a produção antecipada de prova, a busca e apreensão, as medidas patrimoniais de urgência (sequestro de proventos do crime; especialização da hipoteca penal e o arresto prévio e o arresto subsidiário dos bens móveis).

³⁸²GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.175. Apud ARAÚJO, op. cit., p.123.

³⁸³TUCCI, op. cit., p.202.

Aduz ser inadmissível, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória. Por isso, a tortura, as brutalidades e todo atentado violento à integridade corporal devem ser banidos da investigação e da instrução. E o mesmo se diga do que se denomina, com eufemismo, de *torturas lícitas*, como *the bird degree* da polícia americana ou os interrogatórios fatigantes, penosos e exaustivos. Igualmente condenáveis são os procedimentos desleais, como, por exemplo, a captação clandestina de telefonemas, o emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos telefônicos, de conversações íntimas.

E, citando Railda Saraiva³⁸⁴, reafirma sua posição nesse sentido:

As garantias do devido processo penal asseguram a legitimidade do procedimento, a imparcialidade do julgador e a justiça das decisões. [...] A luta contra o crime não se pode desbancar para o terrorismo penal, para usar a expressão de Radbruch, o qual pode estimular a violência do Estado e acabar vitimando inocentes. O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidas aos *criminosos*, podendo ser alterados conforme o grau de perversidade destes. A tutela se dirige à Sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado, ficando sujeito a abusos injustificáveis e a injustiças irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram um *devido processo legal*. A gravidade do crime em investigação ou em julgamento não pode autorizar a adoção de meios repressivos que repugnam a consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática da violência, em atos de desumanidade" (cf. Valiante, *Il nuovo processo penale; processo per l'uomo*", Milão, 1975, p.45).

Nesse sentido decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal³⁸⁵:

é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão dos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Helena Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5., inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (STF – Ação Penal 307-3-DF – Plenário – Relator Ministro Ilmar Galvão – DJU 13/10/1995 – RTJ 162/03-340).

³⁸⁴TUCCI, op. cit., p.70-71.

³⁸⁵MORAES, op. cit., p.125.

De fato, o princípio da constitucionalidade constitui, em nosso ordenamento jurídico, axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, apropriado a tolher a ação ilimitada do poder do Estado sobre matéria que abranja direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais.³⁸⁶

Incompreensível, assim, que elaborado como instrumento a garantir as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos³⁸⁷, possa ser utilizado como meio eficaz de legitimar as práticas arbitrárias promovidas ou utilizadas pelo Estado na perseguição criminal com violação dos direitos e garantias fundamentais do suspeito de ser o autor da prática de uma infração penal.

Segundo Osvaldo Trigueiro do Valle Filho³⁸⁸, “passamos a ter uma herança forçosa de tempos remotos que hoje são protagonizados por diferentes sujeitos, que têm fixado em suas mentes, como reserva, a sucessiva mudança no modelo garantista”. Referindo-se às incertezas políticas da atualidade, em que as disputas têm se mostrado bastante expostas, diz que “não estamos desejosos que o pior venha a se apresentar e não seja necessário surgir a inquietação da consciência humana...”.

Revela que “as inquietações apontadas são bem atuais: “a fragilidade da segurança americana diante dos ataques terroristas nos fez novamente presenciar a investida do Estado sobre os cidadãos, no específico âmbito da vigilância (escutas e outros)”.

Falando especificamente sobre o princípio da presunção da inocência garantido pelas regras de proibição de provas e baseando-se, por outro lado, num roteiro de ponderação, fala que “o estatuto do argüido não pode funcionar como

³⁸⁶BONAVIDES, op. cit., p.436.

³⁸⁷BONAVIDES, op. cit., p.435.

³⁸⁸VALLE FILHO, op. cit., p.30.

amortecedor, na medida em que as particularidades do caso permitam uma maior ou menor ingerência. Na verdade, os limites estabelecidos têm alguns parâmetros. Para Figueiredo Dias, as medidas impostas devem ser no mínimo '[...] comunitariamente suportáveis'".³⁸⁹

5.4.2 A Garantia da Liberdade como Limite ao *Jus Puniendi*

Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes³⁹⁰, "a concepção substancial que é conferida ao Estado Democrático de Direito, expresso na Constituição brasileira, implica que a sua política criminal, que tem como fundamentos a liberdade e a dignidade humana, não pode considerá-las a ponto de converter as pessoas em meros instrumentos ou sujeitos de tutela".

Ressalta que "o princípio da proporcionalidade assume especial papel de garantia, de caráter negativo, cumprindo a finalidade de frear a degeneração do poder punitivo, impedindo-o de expandir-se ilimitadamente".³⁹¹

Numa interpretação sistemática dos direitos fundamentais, verificamos que a disposição expressa de inúmeras garantias processuais penais limitativas do poder punitivo do Estado frente aos direitos do investigado ou acusado revelam a necessidade histórica de sobrelevar os últimos em confronto com o primeiro, de forma a impedir ingerências arbitrárias e ilegítimas na esfera de liberdade e privacidade da pessoa humana sob o argumento de suposta garantia da segurança pública.³⁹²

³⁸⁹VALLE FILHO, op. cit., p.201.

³⁹⁰GOMES, op. cit., p.73.

³⁹¹GOMES, op. cit., p.75.

³⁹²Assim é que a Constituição instituiu reservas legais para a restrição de alguns direitos fundamentais, como o da inviolabilidade de domicílio e o da inviolabilidade das comunicações telefônicas. Dentro desse contexto, demonstra Suzana de Toledo Barros (op. cit., p.206) que "um exame das normas da Constituição revela proteção distinta a bens e valores jurídicos. A tutela maior em relação a alguns é bastante nítida, bastando deter-se nas restrições diretamente previstas por tais normas e no sistema de reservas legais por elas conferidos. Por exemplo, o inciso LVI do art. 5., que

prevê taxativamente a impossibilidade de admissão, no processo, de provas obtidas por meio ilícito, faz supor que a Constituição privilegiou sobremaneira a legalidade processual ao instituí-la como limite para o princípio da busca da verdade real. Veja-se que o referido inciso não excepciona qualquer situação, tampouco prevê possibilidade de virem a ser instituídas, por lei, qualquer exceção ao conteúdo da garantia. Em face de constatações como esta é que há autores sustentando o perigo de uma aplicação do princípio da proporcionalidade como justificativa para uma ponderação de bens não autorizada por qualquer norma legal e a conseqüente relatividade do sistema de garantias, [...] que poderia desembocar em uma ampla nivelação dos direitos fundamentais”.

No entanto, entre nós, o tema foi bastante discutido antes da entrada em vigor da Lei n. 9.296/96, pela incidência prática da interceptação telefônica nas diversas áreas do direito, mormente da investigação criminal, mesmo antes da regulamentação da matéria:

“PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ART. 5.º, X E XII, DA CF) – I. Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo em face de determinadas circunstâncias, como, na espécie, em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. II. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. III. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente instaurado, intervenção do órgão do *parquet* federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida. (TRF 2.ª R – HC 95.02.22528-7 – RJ – 3.ª T. – Rel. Des. Fed. Valmir Peçanha – DJU 13.02.96)”.

“Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento do comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process of law*), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade” (TJSP – AC 185.901-3 – Indaiatuba – Terceira Câmara Criminal – Relator Segurado Braz – 30.10.95 – v.u.).

“Tóxico – Tráfico – Caracterização – Carta contendo certa porção de cocaína – Alegada obtenção ilícita da prova inocorrente – Descoberta do entorpecente quando do recebimento da missiva, naarceragem de presídio – Furo casual do envelope – Inaplicabilidade da inviolabilidade do sigilo da correspondência – Limitações aos princípios constitucionais para não afetarem a ordem pública e a liberdade alheia – Recurso não provido. Nenhum dos direitos individuais e coletivos garantidos pela Constituição Federal pode servir para acobertar a prática de ilícitos civis ou penais”. Assim se pronunciou o relator: “A livre manifestação do pensamento, o livre exercício de cultos religiosos, a inviolabilidade da casa, a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, apenas para se dar alguns exemplos, são direitos constitucionais que encontram limitações e que não podem ser tão amplamente exercidos, como pretendido pelo Dr. Defensor, dependendo, sempre, de não afetarem a ordem pública e a liberdade alheia. O crime imputado à apelante é dos mais graves, mais de uma vez já se tendo dito que nada há de mais pernicioso para a sociedade do que o tráfico de entorpecentes e seu autor, tanto que erigido à categoria de crime hediondo, e a pretensão de vê-lo livre da devida punição e a pretexto de violação da Constituição na obtenção da prova é, no mínimo, um absurdo” (Apelação Criminal n. 177.130-3/Ribeirão Preto – Relator Christiano Kuntz – Ccrim. 5 – v.u. – 27/04/95). Citado por CESAR DARIO MARIANO DA SILVA, op. cit., p.74.

“Constitucional e Processo Penal. *Habeas Corpus*. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos’, não tem conotação absoluta. Há sempre o substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A

Com propriedade, Ada Pellegrini Grinover, citada por Ana Lúcia Menezes Vieira³⁹³, resume a posição do Judiciário em face das garantias constitucionais fundamentais do réu, tendo como imperativo o devido processo legal:

Todas as funções do Estado, em suas múltiplas atividades, são limitadas pela esfera de liberdade individual. Não apenas à administração incumbe respeitar o círculo de autodeterminação do cidadão, mas sim também aos Poderes Legislativo e Judiciário. O réu, como qualquer cidadão, é portador de uma série de direitos, de relevância prioritária e autônoma. Tais direitos devem ser tutelados pela própria autoridade jurisdicional que, no exercício de sua atividade, encontra, assim, uma série de limites.

As mesas de processo penal da Universidade de São Paulo, mediante as súmulas 48 a 50³⁹⁴, admitiram a utilização das provas ilicitamente obtidas apenas

própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional (*verfassungsaktualisierung*)', base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'Razoabilidade' (*Reasonableness*). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (*Exclusionary Rule*) também lá pede temperamentos. Ordem denegada" (STJ – HC n. 3982/RJ – Sexta Turma – Relator Ministro Adhemar Maciel – v.u. – DJU de 26.02.96, p. 4.084).

"Exigir da autoridade policial, nos casos de entorpecentes e afins, sempre a ordem judicial, pode equivaler a tornar írrita, inoperante, risonhamente inútil, a luta estóica, perigosa, repleta de surpresas e riscos, patriótica, nobilitante que é essa contra a comercialização funesta, cujas características deletérias não se necessita de destacar" ³⁹² (Voto vencido do Desembargador Ary Belfort, no julgamento da Apelação n. 83.624-3, da Comarca de Guarulhos, constante da RT 670/273, citado por SILVA, C. D. M da, **Provas Ilícitas**, op. cit., p.72).

"A casa é o asilo inviolável e goza de imunidade enquanto não desfigurada sua condição de lar ou recesso do indivíduo. Transformada, porém, em cassino clandestino, em 'aparelhos subversivos', em local destinado a comércio clandestino de drogas ou outros fins ilícitos, irretorquível a perda da garantia constitucional, face ao critério de permanência da infração, pelo desusado movimento de usuários estranhos que ali possam comparecer" (TACrimSP – Relator Geraldo Gomes. JUTACRIM 30/196 e RT 462/395). No mesmo sentido: RT 509/383, 677/379, 456/406, 424/337, 549/314 e 571/361; RJTJSP 100/531, 72/366, 141/394 e 120/535.

³⁹³VIEIRA, A. L. M., op. cit., p.68.

³⁹⁴Súmula 48. Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula 49. São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50. Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.

em benefício do réu, sendo um dos posicionamentos ainda hoje adotados por parte da doutrina.

Com efeito, considerando que a prova ilícita por derivação, apesar de ser cunhada também como garantia constitucional decorrente da inadmissibilidade da prova ilícita, exurgindo igualmente como corolário do devido processo legal, pensado historicamente como instrumento limitativo dos poderes arbitrários do Estado frente aos cidadãos e, conseqüência lógica desse axioma, como efetivador do princípio da dignidade humana no processo penal, deverá ser sopesada a inadmissibilidade com outros princípios constitucionais fundamentais que com ele entrarem em conflito e que, no caso concreto, possam ser postos em posição de precedência condicionada em relação àquele, portanto, devendo prevalecer para garantir maior efetividade ao escopo das garantias constitucionais.

Por exemplo, o *jus libertatis* do investigado ou acusado inocente, quando a prova ilícita for o meio de que este disponha para demonstrar sua inocência, porquanto a condenação de um inocente fere a consciência jurídica como uma grave forma de injustiça.

Nesse sentido, Vicente Greco Filho, sem falar propriamente na teoria da exclusão da ilicitude ou na teoria da proporcionalidade, adota o entendimento da necessidade da aplicação do “princípio interpretativo da compatibilização das normas constitucionais” para o fim de admitir-se a prova ilícita quando, por exemplo, o bem jurídico envolvido assim o recomendar pela sua importância. Cita o caso de uma prova ilícita que conduziria à absolvição de um inocente, a qual deveria ser admitida ainda que com sacrifício de outro preceito legal, posto que a condenação de um inocente seria a mais abominável das violências.³⁹⁵

³⁹⁵GRECO FILHO, *Direito processual...*, op. cit., p.48.

Ainda, Greco Filho, Celso Ribeiro Bastos e Yves Gandra Martins³⁹⁶ admitem o princípio da proporcionalidade como instrumento apto à utilização da prova ilícita em favor do réu. O primeiro cita, como exemplo, a prova obtida por meio ilícito e que levaria à absolvição de um inocente, a qual teria de ser admitida porque a maior das violências constitucionais seria a condenação de um inocente. Os dois últimos lecionam que o princípio da inadmissibilidade de prova ilícita deve ceder nas hipóteses em que sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental ainda mais valorado, referindo regras de imposição obrigatória para o caso:

a primeira, de que a prova seja indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Constituição do que o direito violado com sua obtenção; a segunda, de que a prova seja produzida em defesa do réu e não a favor do Estado, entendido como autor da ação penal; por fim, a de que a prova seja exibida por quem não participou, direta ou indiretamente, do evento inconstitucional que o gerou.

Antonio Scarance Fernandes³⁹⁷, dissertando sobre a repercussão processual da prova obtida por meio ilícito, não deixou de reconhecer que “segundo forte corrente, a prova ilícita em favor do réu deve ser admitida quando seja meio eficaz de evitar condenação injusta. Nessa ótica, não deferia o tribunal determinar o desentranhamento pedido pelo Ministério Público quando, sem a prova, o réu seria condenado, alterando-se anterior solução absolutória. Haveria, aqui, justa aplicação do princípio da proporcionalidade”.

Salutar, a propósito, a mudança de entendimento acerca do tema preconizado por Rogério Lauria Tucci³⁹⁸, sob os seguintes argumentos:

Já agora, entretanto, curvamo-nos ao entendimento naquela oportunidade antagonizado, ripristinando, de logo, que, não coonestando, a Carta Magna da República, qualquer temperamento à preceituação determinante da *inadmissibilidade de ‘provas obtidas por meios ilícitos’*, uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda, moralmente legítimos, por maior que seja a importância do

³⁹⁶Citados por Antonio Scarance FERNANDES, op. cit., p.93.

³⁹⁷FERNANDES, op. cit., p.98-99.

³⁹⁸TUCCI, op. cit , p.205-206.

direito individual a ser preservado, não teriam elas, *em linha de princípio*, como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação.

É que, na realidade (razão de ser do destaque sublinhado), não podem deixar de ser considerados, em qualquer procedimento probatório, os critérios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, autorizantes, na expressão de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, da 'superação das vedações probatórias', decorrentemente da 'prevalência do interesse na obtenção da prova sobre o valor cuja proteção é almejada pela regra de proibição'.

E isso, sobretudo, na sua perspicaz visualização, quando se trata de prova obtida ou produzida no interesse do imputado (*pro reo*), a saber:

'(...) no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é *superior*.

Por isso não há incongruência entre a rejeição do critério da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* e essas últimas afirmações, uma vez que a estatura dos valores confrontados com o direito à prova – o interesse na punição dos delitos e a tutela da inocência – é diversa; outrossim, pelo menos na experiência brasileira, raros e excepcionais são os casos em que a defesa se serve de meios ilícitos para a obtenção de provas, ao passo que essa mesma prática é sabidamente rotineira na atividade policial.

Nessa linha de pensamento, jamais se deve conceber as proibições de prova como obstáculos para a busca da verdade real, ao contrário, como meios de se "preservar o patrimônio de um processo penal perfilhado nas idéias de liberdade, que deverão sempre, como graus de valores máximos, ser o esteio de regras entre o Estado e o indivíduo, que se querem equilibrados".³⁹⁹

Ato contínuo, Oswaldo Trigueiro Valle Filho completa:

As exceções serão sempre tidas como exceções. E não cabe pensar que a idéia de uma verdade absoluta em matéria criminal deva prevalecer sobre as regras basilares da liberdade e suas diretrizes, pois estas se configuram em critérios da razão. Assim, permite-se que o homem perceba em suas limitações e possa, ante elas, admitir que também se pode chegar a um desejoso critério de verdade, pois o ser humano é capaz deste algo.

Por fim, embora discordando da aplicação restrita do princípio da proporcionalidade diante do princípio do *favor rei*, Adalberto José Q. T. de Camargo

³⁹⁹VALLE FILHO, op. cit., p.82

Aranha⁴⁰⁰ arremata que “o entendimento doutrinário entre nós é todo ele no sentido de acolher a prova ilícita ou ilegal desde que venha em favor do acusado (é a chamada prova ilícita *pro reo*), diante do princípio do *favor rei*”. Para complementar, cita o posicionamento de Torquato Avolio, no sentido de que “a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio *favor rei*, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência”.

De acordo com nosso entendimento, o conteúdo de tais manifestações doutrinárias podem ser transportadas, com as devidas modificações, para ponderar a eventualidade de admissão da prova lícita derivada da ilícita, porém, não para ferir o dispositivo constitucional que proíbe, expressamente, a prova ilícita propriamente dita. Neste caso, estar-se-á no âmbito da inconstitucionalidade, portanto, da invalidade da prova assim considerada.

⁴⁰⁰ARANHA, op. cit., p.67.

CONCLUSÕES

1. Os direitos e garantias fundamentais, embora abrangendo direitos de dimensões individuais e coletivas, foram cunhados, historicamente, como forma de impedir a ingerência indevida do Estado na esfera jurídica das liberdades dos cidadãos. Com o entendimento de que o homem deve ser o fim último da concretização do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana transformou-se no princípio reitor da previsão constitucional dos direitos e garantias fundamentais, tendo, como corolário, o devido processo legal, do qual decorre a garantia específica do devido processo penal;
2. No processo penal, não há lide propriamente dita entre Estado e acusado, senão, o poder-dever de punir, por parte Deste, limitado pelos direitos e garantias fundamentais daquele. O processo penal não se caracteriza, hodiernamente, pela controvérsia entre o órgão acusador e o acusado, ou entre a vítima e o acusado; mas por ser instrumento de justiça penal e garantia de liberdade,
3. A inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos constitui uma garantia constitucional inerente ao devido processo penal, revelando-se como restrição aos princípios da liberdade da prova, da verdade real e da ampla defesa, e exigência da licitude do procedimento adotado pelos órgãos estatais e pelo Estado-Juiz, como administrador da justiça; uma vez que não é dado ao Estado, a fim de combater o crime, portar-se de forma a cometê-lo ou admitir que outrem, com aquele mesmo fundamento, o cometa;
4. Como regra, deve ser cumprida, não havendo de aplicar-se a teoria da proporcionalidade para o fim de retirar a sua aplicabilidade ao caso concreto, porquanto, se admitida prova obtida por meio ilícito, estar-se-á no terreno da inconstitucionalidade do procedimento;

5. O Estado, como titular do *jus puniendi*, possui poderes e meios legais para prevenção e repressão da criminalidade, estando limitado pelos direitos constitucionais fundamentais dos indivíduos que, além de proteger o suspeito da prática de uma infração penal, são dirigidos a toda a sociedade, como garantias cunhadas contra o arbítrio do Estado na esfera privada de seus administrados;
6. É possível argumentar em prol da aplicação da teoria da proporcionalidade, como método de ponderação de interesses colidentes, para o fim de aproveitamento de provas lícitas derivadas das ilícitas, a respeito das quais a Constituição não impõe restrição expressa, como o faz pelo dispositivo constante do inciso LIV do art. 5.º da Constituição Federal;
7. Contudo, nesse caso, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*) igualmente não as admite, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras e quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio das primeiras;
8. No caso de encontro fortuito de provas, igualmente, por haver excesso na obtenção destas, por exemplo, extrapolando o objeto do mandado judicial, tem a doutrina admitido sua admissibilidade apenas como *notitia criminis*, a partir da qual se procederá limitada e lícitamente à obtenção de outras provas a instruírem o processo penal;
9. Possível, segundo parte da doutrina, no entanto, afastar-se a ilicitude da prova mediante regras justificantes, como é o caso da legítima defesa e do estado de necessidade;
10. A previsão legal infraconstitucional da proibição da prova obtida por meios ilícitos não altera o dispositivo constitucional acerca do tema, porquanto, terá sua validade condicionada por esse; ou seja, poderá ampliar a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, nunca restringi-la, sob pena de ser considerada inconstitucional.

REFERÊNCIAS

- AGUILAR, Francisco. **Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas**: contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Editora Método, 2001.
- ANDRADE, Cristiano José. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.d.].
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista Forense**, v.336, p.125-136.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Prefácio de Evaristo de Moraes. 3.ed. Franz: Atena, [s.d.]. v.22. (Biblioteca Clássica).
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Colômbia (Bogotá): Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **A constituição da República Portuguesa anotada**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. 7.ed. Campinas (SP): Bookseller, 2005.
- _____. **Direito processual civil e penal**. Tradução de Júlia Jimenez Amador. Campinas (SP): Peritas Editora e Distribuidora Ltda., 2001, v.2.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-moderno e Comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. São Paulo: Renovar, 2002.
- CAVALCANTI NETTO, João Uchoa. **El Derecho, um mito**. 6.ed. no Brasil e 1.ed. em espanhol. Buenos Aires: Quorum, 2005.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade**. 3.ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CULTRERA, Francesco. **Ética e política**. Tradução de Jairo Veloso Vargas, São Paulo: Paulinas, 1999.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. O que é um princípio. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Campinas: Bookseller, 2000.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi; CARBONELL, Miguel; ALEXY, Robert. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERRI, Enrico. **Defensas Penales**. Tradução de Jorge Guerreiro. 6.ed. Santa Fe de Bogotá (Colômbia): Editorial Temis, 2000.
- FLORIAN, Eugenio. **De las Pruebas Penales: de la Prueba em General**. 3.ed. Bogotá (Colômbia): Editorial Temis, 2002. v.1.
- GALEANO, Eduardo. **Patas Arriba: La Escuela de Mundo al Revés**. Buenos Aires: Catálogos, 1998.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Direito processual civil brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. A reforma do processo penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Pretor Paulo Cláudio Torvo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

HALL, Carlos Normando. **La Prueba Penal**. Rosario (Santa Fe/Argentina): Editorial Jurídica Nova Tesis, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica**. Teoría y Práxis de la Injerencia. El Caso del Dominio del Hecho. Dogmática y Política Criminal em uma Teoria Funcional del Delito. Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Rubinzal: Culzoni, 2000.

JESUS, Damásio E. **Código de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. (Colección Clásicos del Pensamiento).

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.7 (Coleção Clássicos do Direito).

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri (SP): Manole, 2003.

LOBO, Jorge. Uma interpretação histórico-evolutiva-constructiva dos artigos 159 a 161 da Lei de Falências. **Advocacia Dinâmica – ADV – Informativo**, boletim semanal, Rio de Janeiro, ano 17, n. 6, 1997.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1986.

LYRA FILHO, Roberto. **Pesquisa em QUE direito?** Brasília: Nair, 1984.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Waleska Gbiotto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. v.1.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. v.1 e 2.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guilherme; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). **Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina**. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MIREILLE Delmas-Marty. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri (SP): Manole, 2004.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada**. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. 2.tir. [s.l.]: Bookseller, 1997.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.d.]. (Coleção Clássicos de Bolso - Grupo Ediouro).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo processo civil brasileiro**. 20.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 3.ed. Barueri (SP): Manole, 2005.

NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. Coordenação de Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997.

- _____. Perspectivas e desafios do direito penal no século XXI. In: SARTORI, Ivan Ricardo Garisio (Coord.). **Estudos de direito penal: aspectos práticos e polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- OLIVEIRA, O. M. B. A. **Monografia jurídica: orientação metodológica para o trabalho de conclusão de curso**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- OST, François. **O tempo como pena**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru (SP): Edusc, 2005.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Nulidades no processo do júri**. Bauru (SP): Edipro, 1999.
- PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. Investigação e crime organizado: funções ilegítimas da prisão temporária. **Boletim IBCCRIM**, Ano 13, n.157, dez. 2005.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dignidade humana é o direito a ser humano. **Boletim IBDFAM**, Ano 5, n.33, jul./ago. 2005.
- QUIROGA, Jacobo López Barja de. **Las Escuchas Telefônicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida**. Madrid (Espanha): Ediciones Akal AS, 1989.
- RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Barueri (SP): Manole, 2003.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. **Linhas gerais do processo penal dos Estados Unidos da América**. Curitiba, ago. 2003. Pesquisa de livre docência – Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná (divulgação restrita).
- _____. **Procedimento penal**. Curitiba, set. 2003. Pesquisa de livre docência – Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná (divulgação restrita).
- _____. **Prova penal**. Curitiba, nov. 2003. Pesquisa de livre docência – Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná (divulgação restrita).
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10.ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Proporcionalidade: perigo do conceito aberto. **IBCRIM – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 13, n.153, ago. 2005.

ROSSI, Jorge Eduardo Vázquez. **Derecho Procesal Penal**: La realización penal. Rubinzal: Culzoni, 2004. v.2.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

_____. **Provas ilícitas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SLAIBI FILHO, Nagib. Discricionariedade e conceitos indeterminados na constituição. **ADV Seleções Jurídicas**, ago. 1996.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

SOUZA, José Fernando Vidal de. **Temas atuais de processo penal**. Campinas (SP): Copola Livros, 1994.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 43.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

THOMÉ, Ricardo Lemos; SALIGNAC, Ângelo Oliveira. **O gerenciamento das situações policiais críticas**. Curitiba: Genesis, 2001.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A ilicitude da prova**: teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Temas de direito constitucional norte-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.